

# Das Recht über sich selbst

Kurt Hiller



h. o. f. s.

*[Handwritten signature]*

# Das Recht über sich selbst

c

X:

Eine strafrechtsphilosophische Studie

von

Dr. Kurt Hiller



Heidelberg 1908

Carl Winter's Universitätsbuchhandlung

Verlags-Archiv Nr. 209.

+

Digitized by Google  
Hilf  
1955

Fin TX  
H

Μητρι Έταιροι Έσομενφ.

APR 12 1932



## Einteilung.

---

	Seite
<u>I. Die Voraussetzungen kritisch-normativer Strafrechtswissenschaft . . . . .</u>	<u>1— 4</u>
<u>II. Das Problem . . . . .</u>	<u>4— 9</u>
<u>III. Selbstmord . . . . .</u>	<u>10— 32</u>
<u>IV. Selbstverstümmelung . . . . .</u>	<u>32— 33</u>
<u>V. Anstiftung und Beihilfe zum Selbstmord; amerikanisches Duell . . . . .</u>	<u>34— 42</u>
<u>VI. Tötung des Einwilligenden; Zweikampf . . . . .</u>	<u>42— 61</u>
<u>VII. Strafbarer Heterosexualverkehr, insbesondere Inzest . . . . .</u>	<u>61— 67</u>
<u>VIII. Homosexualverkehr . . . . .</u>	<u>67— 89</u>
<u>IX. Bestialität . . . . .</u>	<u>89— 91</u>
<u>X. Fruchtabtreibung . . . . .</u>	<u>91—101</u>
<u>XI. Das Sittliche . . . . .</u>	<u>101—108</u>
<u>XII. Ergebnis . . . . .</u>	<u>108—110</u>
<u>Literatur . . . . .</u>	<u>111—114</u>

---



## Anstelle einer Vorrede.

„Wohl soll ein jeder darum sich mühen, daß richtiges  
Recht den Menschen werde.“ *(Rudolf Stammler.)*

„Ich habe die Überzeugung, daß jeder kultivierte  
Mensch, der die Ansichten seiner Zeit annimmt, damit  
eines der schwersten Sittlichkeitsverbrechen begeht.“  
*(Lord Henry Wotton.)*

---

## I.

### Die Voraussetzungen kritisch-normativer Strafrechtswissenschaft.

Eines der bestgemeinten, aber mißverständlichsten Schlagworte unserer Zeit ist das von der „Voraussetzungslosigkeit der Wissenschaft“. Eine voraussetzungslose Forschung gibt es nicht.<sup>1</sup> Wie die deskriptiven Wissenschaften, von dem Postulat der Realität der Dinge ausgehen müssen, so die normativen zum mindesten von dem logischen Apriori, den Grundformen des menschlichen Denkens: die Wahrheit des Satzes von der Identität, des Satzes vom Widerspruch, des Satzes vom Grunde muß vorausgesetzt werden. Jeder Beweis zudem ist die (unbewußte) Anwendung metaphysischer Grundsätze, die sich selber ebensowenig beweisen lassen wie die mathematischen. Nichts kann bewiesen werden, ohne daß man sich zuvor darüber (stillschweigend) geeinigt hat, das Beweisen an sich als Mittel zur Erlangung des Richtigen gelten zu lassen. Daß diese Abrede getroffen werden muß, ist keineswegs so selbstverständlich, wie es zunächst scheinen mag; gibt es doch sehr hoch organisierte Menschen, welche — mit Recht! — sich dagegen sträuben, die Welt lediglich logisch zu erfassen, denen der Rationalismus als Prinzip einer allgemeinen Lebensweisheit lächerlich dünkt, weil sie es als einseitig, beschränkt, ledern, antiartistisch empfinden, die Gefühlsrealitäten des Mystischen aus dem menschlichen Dasein auszuschalten und die Vernunft auf den Thron des Despoten zu setzen. Wir erkennen dies durchaus an; indes, wo es sich um so nüchterne Dinge wie das äußere Verhältnis der Individuen

---

<sup>1</sup> Vgl. *Max Steiner*: „Die Rückständigkeit des modernen Freidenkertums, 1905, S. 66.

zueinander, um die Beziehungen zwischen Staat und Staatsbürger handelt, da dürfte kaum ein Zweifel darüber bestehen, daß die rationalistische Methode, daß die Wissenschaft hier einzusetzen hat. — Allein die metaphysische Hypothese wird nicht hinreichen, wenn es sich um praktische Normationen handelt. Dies erhellt am besten am Beispiel der geschmähten Naturrechtsschule. Die Vorläufer, Verkünder und Nachfahren der großen Revolution begründeten ihre politischen und rechtlichen Systeme auf einem Unterbau von Forderungen, die sie „droits de l'homme“, „Urrechte“ oder „angeborene Rechte“ nannten. Das angestrengte Nachdenken der Historiker hat nun zu der Erkenntnis geführt, daß der Mensch eigentlich doch wohl nicht mit derartigen Rechten versehen ins Leben trete; daß vielmehr alle subjektiven Rechte von dem geschichtlichen, positiven, in codice aut in consuetudine aufgespeicherten objektiven Rechte abzuleiten seien. *Goethe*<sup>2</sup> war damit widerlegt, geschlagen, als „unwissenschaftlich“ abgestempelt! — Wie die Historiker den Begriff „Recht“ nehmen, läßt sich allerdings nichts gegen sie einwenden. Höchstens dies: daß ihre Anschauung denknotwendig zu der Unzulässigkeit einer Kritik positiver Rechtsnormen führt. Und nicht nur denknotwendig, sondern auch faktisch: die radikaleren Vertreter des Historismus leugnen ja, daß Kritik und Normation zu den Aufgaben der Jurisprudenz gehören, und wollen diese Wissenschaft auf Dogmatik und Geschichte beschränken. So tragen sie nach Kräften bei zu jenem deutschen Zustand, den *Friedrich Nietzsche* meinte, als er vom „entgeistigenden Einfluß unseres jetzigen Wissenschaftsbetriebs“<sup>3</sup> sprach. Es kommt nicht lediglich darauf an, das gegebene Recht auszudeuten und die Inhalte früherer und fremder Rechte kennen zu lernen; der Philosoph dürfte hierin mehr das Technische

<sup>2</sup> Vgl. „Faust“ I: „Vom Rechte, das mit uns geboren ist, von dem ist leider nie die Frage“.

<sup>3</sup> „Götzendämmerung“; Gesamtausgabe, 1. Abteilung, Bd. VIII, S. 110.

und das Sammlerische erblicken; als „Wissenschaft“ im strengen Sinne dürfte ihm gerade das erscheinen, was die historische Schule als Bestandteil der Rechtswissenschaft negiert: Die Lehre vom Ideal des Rechts. Der Fehler der Naturalisten war, daß sie ihre spekulativen Theoreme als Rechtsquelle neben oder gar über dem positiven Rechte betrachtet wissen wollten; ihre unvergängliche Bedeutung aber, daß sie über das Ontologische hinausgingen, daß sie Forderungen stellten, daß sie das Vorhandene problematisierten.<sup>4</sup> Unbegreiflich erscheint es fast, daß die Notwendigkeit einer kritisch-normativen Rechtswissenschaft heute vielfach noch nicht eingesehen wird; unbegreiflich! Denn „die naturrechtliche Frage läßt sich nicht bannen; der Zweifel, ob bestehendes Recht vernunftgemäß sei, kann nicht lediglich zur Seite geschoben werden“.<sup>5</sup>

Zur Kritik der positiven Rechtsnormen bedarf es nun allerdings eines Maßstabes, der außerhalb ihrer liegt; bedarf es der Hypostasierung einer Grundforderung, die sich aus dem historisch gegebenen nicht entnehmen läßt. Diese Grundforderung ist die Freiheit; nicht in dem aktuellen psychologischen Sinn („Willensfreiheit“), sondern politisch verstanden: persönliche Freiheit, freiwillkürliche Ausgestaltung des Lebens. Ich will frei sein. Dieser Satz zunächst ist, wie jede durch introspektive Analyse gefundene Erkenntnis, unumstößlich und hat den größtmöglichen

<sup>4</sup> Die Gemeinsamkeiten und die Unterschiede naturrechtlicher und kritisch-rechtsphilosophischer Betrachtungsweise formuliert besonders knapp und klar *Emil Lask* in seiner „Rechtsphilosophie“ (Festgabe für *Kuno Fischer*, herausgeg. v. *Windelband*, Bd. II, 1905, S. 2–3). Im Naturrecht herrsche eine „platonisierende Zweiweltentheorie“, während der kritischen Wertlehre die empirische Wirklichkeit „als einzige Art der Realität, zugleich aber als Schauplatz oder Substrat überempirischer Werte“ gelte; „nach ihr gibt es nur einerlei Art von Recht, aber aus der notwendigen Auseinanderhaltung von Wert und empirischen Wertsustrat folgt die grundlegende Zweidimensionalität der Betrachtungsweise, der Dualismus philosophischer und empirischer Methode“.

<sup>5</sup> *Stammler*: „Über die Methode der geschichtlichen Rechtstheorie“, in der Festgabe für *Windscheid*, 1888, S. 45.

Wahrheitswert. Sobald ich aber diesen meinen Willen verallgemeinere, sobald ich aussage: alle Menschen wollen frei sein, setze ich ein Dogma. Ich habe die Kenntnis nicht; sondern bloß die Überzeugung. Ich glaube etwas Unerweisliches. Ich gelange zu diesem Glauben dadurch, daß „das vernünftige Wesen sich nicht als ein solches mit Selbstbewußtsein setzen kann, ohne sich als Individuum, als eins unter mehreren vernünftigen Wesen zu setzen, welche es außer sich annimmt, so wie es sich selbst annimmt“.<sup>6</sup> Ohne diese dogmatische Verallgemeinerung — als welche *J. J. Rousseau*<sup>7</sup> und *Friedrich Schiller*<sup>8</sup> in die Formel gegossen haben: „l'homme est né libre“, „der Mensch ist frei geschaffen“ — ohne diese dritte Voraussetzung ist eine normative Rechtswissenschaft, zumal eine normative Strafrechtswissenschaft, unmöglich.<sup>9</sup>

## II.

### Das Problem.

Was nun für jede menschliche Gemeinschaft gilt, das gilt in erhöhtem Maße für die umfassendste und stärkste

<sup>6</sup> *Fichte*: „Grundlage des Naturrechts“, 1796; Einleitung II, 2.

<sup>7</sup> „Contrat social“, I, 1, übersetzt von *Denhardt*. — Reclam.

<sup>8</sup> „Die Worte des Glaubens.“

<sup>9</sup> Der Einwand *Stammlers* („Die Lehre von dem richtigen Rechte“, 1902, S. 187 ff.) trifft uns nicht. Denn — wie aus dem Beginn des nächsten Abschnittes hervorgehen wird — erkennen auch wir, daß das Recht eine Zwangsregelung sei; daß die Freiheit füglich nicht sein Prinzip sein könne. Indessen ist von dem inneren Prinzip einer soziologischen Form ihr Zweck zu unterscheiden, als welcher außerhalb ihrer liegen kann. In der Tat ist das Prinzip des Rechts Schrankensetzung; allein wie sollte es sich rechtfertigen lassen, die Schrankensetzung auch als seinen Zweck zu statuieren? Ist sie nicht vielmehr (so wie das Recht selber) nur Mittel zum Zwecke der Freiheit? Der größtmöglichen Freiheit aller einzelnen? — Daß dieser Zweck vielfach (nämlich in allen Fällen der „Interessenkollision“) lediglich durch (scheinbare) Verletzung seiner, eben durch Schrankensetzung, erreicht werden kann: das spricht keineswegs gegen die Richtigkeit unserer Zweckfindung, demonstriert höchstens die Paradoxität irdischer Verhältnisse . . . .

aller Gemeinschaften, den Staat: daß nämlich der einzelne seine Begierden eindämmen, auf das Durchsetzen mancher Wünsche verzichten, einen Abschnitt seiner Individualität opfern, Konzessionen machen — kurz: von der absoluten Königsherrlichkeit und Verfügungsmacht des Ich, von seiner Freiheit einen Teil an die Gesamtheit abgeben muß. Denn da die Kreise der mannigfachen Individualwollungen einander häufig schneiden, so würde ohne derartigen Teilverzicht aller einzelnen ein Zustand unausgesetzter Kollisionen, ein „Kampf aller gegen alle“ bestehen. Nun scheint ein solches Entsagenmüssen lediglich dort vonnöten zu sein, wo das Ich in die Sphäre des Nicht-Ich hinaustritt; und nur die Macht, in etwas außerhalb unserer selbst Liegendes einzugreifen, scheint beschränkt werden zu müssen. Indessen das positive Recht zeigt, daß dem einzelnen auch die Befugnis der Disposition über sich selber vom Staate nicht voll eingeräumt wird. In welchen Fällen, darin weichen die geschichtlichen Gesetzgebungen nicht unwesentlich voneinander ab: die Aufgabe dieser Arbeit soll es sein, darzulegen, durch welche Normen des geltenden deutschen Rechts die Verfügungsbefugnis des Individuums über sich selber eingeschränkt wird, und zu untersuchen, ob diese Normen haltbar sind. Mithin keine interpretative, sondern eine Erörterung de lege ferenda; auch keine rechtsgeschichtliche oder rechtsvergleichende Betrachtung, sondern — wenn es gestattet ist, sich eines so anspruchsvollen Ausdrucks zu bedienen — eine rechtsphilosophische<sup>1</sup> Abhandlung. Wir stehen vor einer Epoche, die die Annäherung an das Ideal des Rechts — wenn nicht wahrscheinlich, so doch denkbar macht, nämlich vor einer Reform der deutschen Strafgesetzgebung; und es läßt sich, wie der Vorkämpfer *Stammler*<sup>2</sup> sagt, ob etwas Recht sein soll, niemals an der Hand eines Maßstabes ausmachen,

<sup>1</sup> In der Tat definiert *Makarewicz* („Einführung in die Philosophie des Strafrechts“, 1906, S. 14) Rechtsphilosophie als „die Lehre über das Wesen des Rechts und das Ideal in demselben“.

<sup>2</sup> A. a. O., S. 26.



der nur durch empirische Forschung gefunden wäre; „Zielpunkt und Richtmaß für das Sollen, auch bezüglich der Kritik bestehenden Rechtes, müssen in anderer Art und Weise der wissenschaftlichen Untersuchung festgestellt werden, wie auf dem Wege historischer Erkenntnis und nur empirischer Forschung“. Dieser Satz ist auf die historische Methode gemünzt; allein, seit er verfaßt, wurde eine neue empirische Methode aufgerichtet, nämlich die „rechtsvergleichende“. Während der Historismus — um zu den Bildern des Raumes zu greifen! — vertikal, in die Tiefe gehend, geht die Rechtsvergleichung horizontal, sozusagen in die Breite. Heranzuholen, was früher galt, oder heranzuholen, was anderswo gilt: das ist für die Feststellung dessen, was gelten soll, gleich belanglos; denn, wie es in *Radbruchs* glänzendem Essay<sup>3</sup> heißt: „Das Seinsollende läßt sich nimmermehr aus dem Seienden ableiten“. Selbst *Hermann U. Kantorowicz*, der sich bemüht, hier eine „Brücke der Verständigung“ zu schlagen<sup>4</sup>, muß zugeben, daß das Sein nie „Erkenntnisgrund“, sondern lediglich „Realgrund“ für das Sollen sein könne. — So hat die Rechtsvergleichung in der Tat (und aus methodologischen Gründen muß das an dieser Stelle unbedingt zur Sprache kommen) — neben einem gar nicht zu verkennenden subjektiven Eudämoniewert — durchaus praktisch-opportunistischen Wert: insofern (beispielshalber) Reformen sich in der Heimat leichter werden durchführen lassen, wenn sie im Auslande bereits durchgeführt sind (sogenannte „Entwicklungstendenz“); die wissenschaftliche Kritik der Normen wird indes durch das Rechtsvergleichen in keiner Weise berührt. So kann es zwar zwischen dem Positivisten und dem Politiker, — niemals in Äonen aber zwischen dem Positivisten und dem Philosophen ein „Brücke der Verständigung“ geben!

Nichts hindert uns, von einem „Recht“ der willkür-

<sup>3</sup> *Radbruch*: „Über die Methode der Rechtsvergleichung“, in *Aschaffenburgs Monatsschrift* II, S. 422 ff.

<sup>4</sup> *Hermann U. Kantorowicz*: „Probleme der Strafrechtsvergleichung“ (*Aschaffenburgs Monatsschrift* Bd. IV, 1907/08, S. 80).

lichen Lebensausgestaltung, welches das Mitglied eines konstitutionellen Staates habe, zu reden. Wir gehen von der unumgänglichen Voraussetzung aus, daß alle Menschen frei sein wollen, also ein Interesse an der Freiheit haben; wenn anders dieses Interesse des Rechtsschutzes würdig ist — und welches menschliche Interesse sollte wohl des Rechtsschutzes würdig sein, wenn nicht dieses — und Rechte nach der *v. Jhering* schen Definition<sup>5</sup> rechtlich geschützte Interessen sind, so dürfen wir ein Recht der willkürlichen Lebensausgestaltung konstatieren. Ein Recht, welches das publizistische Analogon wäre zu dem zivilistischen „Recht des rechtlichen Könnens“ oder „Gestaltungsrecht“. Ein Teil jenes Rechts ist das Recht der freien Verfügung über sich selber. Und nur dieses interessiert uns hier.

Um von vornherein zu bekunden, daß irgendwelche privatrechtlichen Probleme (etwa das Recht am eignen Namen, das Recht am eignen Bilde, oder die berühmte Kontroverse hinsichtlich des Eigentums an abgetrennten Körperteilen) in den Rahmen dieser Erörterung nicht fallen, haben wir den Titel „Das Recht über sich selbst“ gewählt; während die Präposition „an“ eher die zivilistische, scheint uns die Präposition „über“ eher die kriminalistische Seite der Sache zu bezeichnen.

Betrachten wir nun die Fälle, in denen die deutsche Strafgesetzgebung das Recht über sich selbst negiert, so ergeben sich drei größere Gruppen von Delikten. Die erste umfaßt die Handlungen, welche in die Integrität des Körpers eingreifen: also die Tötung auf Verlangen (§ 216 StGB.)<sup>6</sup>, die Selbstverstümmelung, die Teilnahme an der Selbstverstümmelung und die Verstümmelung auf Verlangen (§§ 142 StGB., 81, 82 MilStGB.), sowie den Zweikampf mit tödlichen Waffen (§§ 201 ff. StGB.). Die zweite Gruppe umfaßt gewisse „Sittlichkeits“-Delikte; nämlich alle die, bei denen die unzüchtige Handlung nicht in den Rechtskreis eines

<sup>5</sup> „Geist des römischen Rechts“, 1891 ff. (5. Aufl.) III, § 60.

<sup>6</sup> Inwiefern die Disposition über einen Zweiten der Disposition über sich selber gleichkommen kann, wird später auseinandergesetzt werden.

anderen als des Täters (oder der Täter) hinübergreift. Nicht ganz leicht ist's hier, die Grenze zu finden; sie wird am deutlichsten im Falle des Ehebruchs. Gesetzt den Fall, das Interesse des Ehegatten auf die eheliche Treue des andern wäre ein rechtsschutzwürdiges, so wäre darum durchaus noch nicht sicher, daß jeder Ehebruch die Verletzung eines solchen Interesses involvierte; denn es ist möglich, daß der betrogene Ehegatte persönlich ein Interesse an der Treue des andern gar nicht hat. Daß dieses Interesse vorliegt, kann nicht ohne weiteres präsumiert werden; es ergibt sich erst daraus, daß die hingegangene Ehehälfte Strafantrag stellt. Daher ist der Ehebruch vernünftigerweise zum Antragsdelikt gemacht worden<sup>7</sup>, und es erhellt auch, daß er nicht zu unserem Thema gehört. Die Delikte, welche unter die erwähnte zweite Gruppe fallen, sind vielmehr der Inzest und die widernatürliche Unzucht (§§ 173, 175 StGB.). Prinzipiell gehören auch Kuppelei und Zuhälterei (wenigstens die in den §§ 180, 181, 181a StGB. sich nicht auf den Schutz individueller Interessen beziehenden Sätze) hierzu. — Die dritte Gruppe umfaßt die Abtreibungshandlungen, sofern sie nicht ohne Wissen und Willen der Schwangeren vorgenommen worden sind. (§§ 218, 219 StGB.).

Wir haben diese Zusammenstellung antizipiert, um von vornherein unsern Weg festzulegen. Es ergibt sich aus ihr: wir fassen den Begriff des „Rechtes über sich selbst“ nicht so eng, daß wir nur die Fälle, in denen das Individuum allein über sich verfügt, darunter subsumieren; dann käme ja lediglich die Selbstverstümmelung und eine Gattung der Abtreibung in Betracht. Vielmehr rechnen wir auch die Fälle hinzu, wo der einzelne sich mit einem zweiten zusammenschließt, damit dieser über ihn verfüge; und endlich auch die Fälle, in denen sich zwei Menschen zu dem Zwecke verbünden, um gegenseitig übereinander zu verfügen. Hier wie dort handelt es sich nicht um Eingriffe

---

<sup>7</sup> Ganz abgesehen davon, daß er nur bestraft wird, wenn seinetwegen die Ehe geschieden worden ist. (Vgl. § 172 StGB.)

in die Rechtssphäre des anderen<sup>8</sup>; ein an sich möglicherweise zu verletzendes Interesse verneint dieser durch seine Zustimmung oder konkludente Handlungen. Hieraus ergibt sich bereits, daß die Delikte aus §§ 176, 3 und 182 auszuschalten sind; denn in diesen Strafrechtssätzen wird eben nicht anerkannt, daß die Zustimmung der hier behandelten Personen (nämlich des Kindes unter vierzehn und des unbescholtenen Mädchens unter sechzehn Jahren) die Kraft habe, ihr eignes Interesse zu verneinen: diese Paragraphen schützen die kindliche Unerfahrenheit, den jugendlichen Leichtsinns; sie enthalten — im engeren Sinne — „Schutz“-Bestimmungen.

Daß wir endlich im Verbote der Abtreibung ein Verbot der freien Disposition über sich selber erblicken, werden wir erst bei der Erörterung dieses Deliktes zu rechtfertigen versuchen. —

So sehr es sich um Kritik des positiven Rechts hier handelt, und so fern dieser prinzipiellen Untersuchung nicht nur die dogmatischen Kontroversen, sondern auch die historischen Entwicklungen liegen, — werden wir doch zuvörderst einen Tatbestand zu erörtern und in seinen kriminalistischen Metamorphosen anzudeuten haben, der im deutschen Strafgesetzbuch nicht figurirt: das ist der Selbstmord. Er repräsentiert die Verfügung über sich selber sozusagen im Extrem; und gerade weil er heute bei uns straflos ist, wollen wir einen Abriß seiner Rechtsgeschichte gleichsam als ein Paradigma nehmen für die Entwicklung einer deliktuösen zur rechtlich irrelevanten Handlung. Überdies finden wir in seiner Literatur bereits die meisten für diese Studie belangvollen Probleme ausgeführt oder angedeutet. Überhaupt wird auch anderswo die literarische Retrospektive vielfach unvermeidlich sein; denn viele Gründe und Gegenstände, die, wenigstens in der jüngeren Literatur, angeführt werden, dürfte man sicherlich auch heutigestags noch *de lege ferenda* geltend machen.

---

<sup>8</sup> Man verdeutlicht sich dies am besten an dem Gegensatz etwa zwischen Notzucht und Päderastie (unter Erwachsenen).

## III.

## Selbstmord.

Das bedeutsamste aller Rechtsgüter, das Rechtsgut *κατ' ἐξοχήν*, ist das Leben. Das erkennen die modernen Gesetzgebungen an, indem sie die Verletzungen dieses Rechtsguts mit den höchstmöglichen Strafen belegen. Dieses Rechtsgut ist nicht nur Gefährdungen von außen preisgegeben, sondern wer es besitzt, hat selber die Möglichkeit<sup>1</sup>, sich seiner zu entäußern. Jedem Menschen ist sein Leben in seine Hand gegeben; wer vorsätzlich seinen Tod herbeiführt, den nennen wir Selbstmörder! Es erhebt sich die Frage, ob der Staat auf den Selbstmord zu reagieren hat oder nicht.

Die historischen Rechte verhalten sich höchst ungleichmäßig. Das mosaische Recht schweigt; an keiner Stelle des Alten Testaments wird der Selbstmord beurteilt. — Die Griechen, deren Philosophen geteilter Ansicht über den Selbstmord waren, kannten kein Gesetz, das ihn unter Strafe stellte; dagegen bestand, wie aus mehreren Stellen bei Aristoteles und Äschines hervorgeht, die Sitte vielfach bei ihnen, die rechte Hand des Selbstmörders abzuschlagen, abgesondert zu beerdigen und dem Selbstmörder im übrigen die hergebrachten Begräbnisehren nicht zuteil werden zu lassen. Ein Rechtssatz war das jedenfalls nicht; und die Bestimmung mehrerer attischer Gesetze, wonach ein Selbstmordkandidat vor dem entscheidenden Schritt die Behörde unter Angabe der Motive davon in Kenntnis setzen und dann erst nach erhaltener Erlaubnis aus dem Leben scheiden sollte, scheint „mehr eine staatliche Aufsicht über den Selbstmord, als eine Prohibition desselben in sich zu schließen“.<sup>2</sup> Wie wenig es sich um eine Verhütung des

<sup>1</sup> Hier ist natürlich die physische Möglichkeit gemeint, nicht etwa die „moralische“; der Erörterung über „veräußerliche“ und „unveräußerliche“ Rechtsgüter soll keineswegs vorgegriffen werden!

<sup>2</sup> Wellauer: „Der Selbstmord, insbesondere Anstiftung und Beihilfe zum Selbstmord“, 1896, S. 4.

Selbstmordes handelte, geht mit besonderer Deutlichkeit aus dem Rechtszustand der alten Phokäer-Kolonie Massilia (dem modernen Marseille) hervor: hier nämlich wurden die Lebensmüden von Staats wegen unterstützt, indem sie auf die Angabe ihrer Beweggründe hin von der Obrigkeit Gift erhielten, damit sie so ihr Ziel schmerzlos und schneller erreichten.<sup>3</sup>

Noch milder über den Selbstmord war die Meinung der Römer; der Stoizismus zählte unter ihnen ja weit mehr Anhänger als in seinem Heimatlande Hellas, und sie waren geneigt, das *suicidium* gar als ehrenvoll und rühmend zu verkünden, es unter Umständen selbst zu einer Forderung zu erheben. An ein Eingreifen dachte die *res publica* daher nicht. Seit einem Reskript des Kaisers Hadrian<sup>4</sup> wird allerdings der versuchte Selbstmord, den ein Soldat begeht, nicht aus Schmerz, Lebensüberdruß, Krankheit, Raserei oder Ehrgefühl, sondern lediglich um sich dem Dienst zu entziehen, mit dem Tode bestraft. Aber diese Strafe richtete sich, wie ihre Voraussetzungen zeigen, nicht gegen den Selbstmord als solchen, sondern gegen die Lockerung der Heeresdisziplin.

Dieser Standpunkt des Altertums erklärt sich durch das hohe Maß von Freiheit und Selbstbestimmung, das Hellas und Rom ihren Bürgern gewährt haben. Und es entspricht durchaus dem sozialistischen Grundcharakter des Christentums, wenn die Kirchenväter<sup>5</sup> — in sehr willkürlicher Interpretation des fünften Gebotes — den Selbstmord für eine schwere Sünde erklärten, und das kanonische Recht ihn infolgedessen zu einer strafbaren Handlung machte. Die Strafe bestand in der Verweigerung des kirchlichen Begräbnisses.<sup>6</sup> Die Bestimmungen des kanonischen Rechts

<sup>3</sup> Die Belegstellen aus der griechisch-römischen Literatur finden sich am ausführlichsten bei *Geib*, „Lehrbuch des deutschen Strafrechts“, 2. Bd., 1862, S. 202 ff.

<sup>4</sup> Vgl. 1., 6, § 7, Dig. 49, 16; 1., 38, § 12, Dig. 48, 19.

<sup>5</sup> Eusebius, Chrysostomus, Hieronymus, Augustinus, Lactantius; Synode von Orléans a. 533.

<sup>6</sup> Vgl. cap. 9—12, Caus. 23 qu. 5; cap. 11 X de sepultura 3, 28.

waren auch für das weltliche Recht maßgebend und erhielten sich in den Kodifikationen ihrem Prinzipie nach bis zum Ausgange des achtzehnten Jahrhunderts. Die Carolina (1532) weist hier einen höheren Grad von Zivilität auf als manche Partikulargesetzgebungen späterer Jahrhunderte. Sie bedroht nämlich unter der Rubrik „Straff eygener tödtung“<sup>7</sup> lediglich den aus Furcht vor verschuldeter Konfiskationsstrafe erfolgten Selbstmord; und auch diesen nicht eigentlich pönal, sondern mit einer eher zivilistischen Maßnahme: sie befiehlt nämlich, daß die Güter eines Selbstmörders, der eines mit Konfiskation bedrohten Verbrechens überwiesen ist, nichtsdestoweniger verfallen sein sollten.<sup>8</sup> Dagegen ordnet beispielsweise der Codex Juris Bavarici Criminalis von 1751<sup>9</sup> in jedem Falle des Selbstmordes Konfiskation eines Drittels der Erbschaft und das sogenannte Eselsbegräbnis an (Verscharren des Selbstmörders unter dem Galgen durch den Scharfrichter); ähnlich, wenn auch differenzierter, die Theresiana, ja selbst noch das Gesetz Josephs II. vom 13. Januar 1787; und das Preußische ALR. vollends bestimmt<sup>10</sup> nicht nur ein je nach dem Motive des Selbstmords mehr oder minder infamierendes Begräbnis, sondern sogar: „Ist bereits ein Strafurteil wider sie (die Selbstmörder) ergangen: so soll dasselbe an dem toten Körper, soweit es möglich, anständig, und zur Abschreckung anderer dienlich ist, vollzogen werden“. — Diese rohen Bestimmungen wurden allerdings bereits nach zwei Jahren (1796) durch ein Reskript König Friedrich Wilhelms II. aufgehoben. —

<sup>7</sup> Vgl. *Kohler und Schel*: „Die Peinliche Gerichtsordnung Karls V.“, 1900, Artikel 135.

<sup>8</sup> *Tittmann*: „Handbuch der Strafrechtswissenschaft und der deutschen Strafgesetzkunde“, 1823, Bd. II, S. 574. Diese Bestimmung ist auf Artikel 160 der Bambergensis und dieser wiederum, nach *Brunnenmeister* („Die Quellen der Bambergensis“, 1879, S. 193 ff.) auf die italienische Jurisprudenz, letzten Endes auf l. 1, Cod. IX, 50 zurückzuführen.

<sup>9</sup> Bd. I, Kap. 3, § 25.

<sup>10</sup> Teil II, Titel 20, §§ 803—805.

In der Wissenschaft war man mit dieser Behandlung des Selbstmordes zunächst noch vollkommen einverstanden; den englischen Verteidigern des Selbstmordes *Donne* und *Hume* standen Autoritäten wie *Grotius*, *Spinoza*, *Buddeus*, *Crusius*, *Wolf* und auch viele Fachkriminalisten, wie *Soden*, *Wieland*, *Gmelin*, *Quistorp* gegenüber, welche sich teilweise mit den drei Strafmöglichkeiten der Vermögenskonfiskation, des unehrlichen Begräbnisses und der Exekution am Leichnam nicht einmal begnügten, sondern noch über die Normen einiger damals geltenden Rechte hinausgehen und den Selbstmordversuch unter Strafe stellen wollten. Erst als die Gedanken der Aufklärung populär wurden, als *Montesquieu*, *Voltaire*, *Rousseau*, *Beccaria*, *Hommel* ihren Einfluß auf die deutschen Gesetzgeber auszuüben begannen, trat ein Umschwung<sup>11</sup> ein. *Anselm von Feuerbach* trat auf, und seit seiner Hauptschöpfung, dem Bayerischen Strafgesetzbuch vom 6. Mai 1813, welches das Muster abgab für die meisten folgenden Partikularstrafgesetzbücher<sup>12</sup>, blieb der Selbstmord, der vollendete wie der versuchte, in Deutschland straffrei.

Dieselben Anschauungen herrschen hierüber in den außerdeutschen Rechten; nur das englisch-amerikanische Recht weicht ab.<sup>13</sup>

Mit Recht bemerkt *v. Liszt*<sup>14</sup>, daß die Selbstverletzung — deren extremer Fall eben der Selbstmord ist — grundsätzlich ebenso beurteilt werden sollte wie die mit Einwilligung des Verletzten von einem Dritten begangene Hand-

<sup>11</sup> Über die Einzelheiten (auch unter Berücksichtigung der „schönen“ Literatur) gibt die beste Auskunft *Ossip Bernsteins* Sammelarbeit: „Die Bestrafung des Selbstmords und ihr Ende“, 1907 (Heft 78 der von *Bennecke-Lilienthal* herausgegebenen „Strafrechtlichen Abhandlungen“).

<sup>12</sup> Vgl. *Stenglein*: „Sammlung der deutschen Strafgesetzbücher“, München 1858.

<sup>13</sup> Vgl. *Stephen*: „A Digest of the Criminal Law“, London 1904; S. 193; u. *Parker*: „The Penal Code of the State of New York“, New York 1904, S. 71/72.

<sup>14</sup> „Lehrbuch des deutschen Strafrechts“, 14./15. Aufl., 1905; S. 155—156.



lung. „Denn hier wie dort handelt es sich um die rechtliche Bedeutung der von dem Träger des Rechtsgutes ausgehenden Verfügung über dieses.“ Da nun gewisse mit Einwilligung des Verletzten von einem Dritten an diesem begangene Handlungen nach dem StGB. strafbar sind, so wird eine Kritik der einschlägigen Rechtssätze nur gewinnen können, wenn ihr eine Erörterung des Selbstmordproblems vorausgeschickt wird.

Die Strafrechtswissenschaft hat sich namentlich in der ersten Hälfte des vergangenen Jahrhunderts mit dieser Frage eingehender beschäftigt. Beleuchten wir zunächst die Gründe, die für die Bestrafung des Selbstmords angeführt werden! Da findet sich neben Diskutablem manches Indisputable. So etwa die Behauptung, der Selbstmord reize zu anderen grauenhaften Taten an.<sup>15</sup> Diese psychologische Mutmaßung ist durch den Schatten eines Beweises nicht verdunkelt. Ernster zu nehmen ist die Meinung *Feuerbachs*.<sup>16</sup> Er kommt zwar, wie bereits kurz erwähnt, zu dem Resultat, daß der Selbstmord straflos bleiben solle; aber lediglich aus kriminalpolitischen Gründen; es sei nämlich „unvernünftig, eine Rechtswidrigkeit mit Strafe zu bedrohen, welche, indem sie vollbracht wird, ihren Urheber der Strafe entzieht“. (Den Fall des versuchten Selbstmords übersieht er!) Lügen aber diese kriminalpolitischen Bedenken nicht vor, so würde er den Selbstmord bestrafen wollen; denn wer in den Staat eintrete, verpflichte dem Staate seine Kräfte und handle rechtswidrig, wenn er ihm diese durch Selbstmord eigenmächtig raubt. — Hiergegen läßt sich nun die höchst einfache Tatsache einwenden, daß der den Mutterleib verlassende Embryo sich keineswegs dem Staate zu irgend etwas verpflichtet, da ihm ja die Willensfähigkeit mangelt. Das Kind wird bekanntlich

<sup>15</sup> So *Stübel*: „Über Einwilligung zur Beschädigung oder Entziehung eines unveräußerlichen Gutes“ (Neues Archiv des Kriminalrechts, Bd. IX, 1827, S. 568 ff.).

<sup>16</sup> „Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts“, 11. Ausgabe, 1832; S. 163.

ohne seinen Willen in die Welt gesetzt, und ebensowenig wie seine Erzeuger daher für die Kreation Dankbarkeit von ihm verlangen dürfen<sup>17</sup>, ebensowenig hat der Staat einen Anspruch gegen ihn, daß er am Leben bleibe. Es sei uns gestattet, hier ein Analogon im bürgerlichen Recht zu konstatieren. Die Schenkung ist ein Vertrag, erfordert also Annahme seitens des Beschenkten<sup>18</sup>; wer wider seinen Willen eine Sache erhält, darf sie dem Geber zurückgeben; niemand ist gezwungen, eine Sache schenkweise anzunehmen. Das „Geschenk“ des Lebensgutes nun erfolgt ausnahmslos ohne Einwilligung des „Beschenkten“. Wer sollte ihn zwingen dürfen, es zu behalten? Und da dieses Gut einmal nicht die Eigenschaft hat, dem Geber zurückgegeben werden zu können, so bleibt dem widerwillig Bedachten in diesem Falle nichts anderes übrig als — sich zu töten. Keiner hat diesen Gedanken kraftvoller, überzeugender und zugleich sarkastischer zum Ausdruck gebracht als *Montesquieu*<sup>19</sup>: „Wenn mir die Last der Schmerzen, des Elends und der Verachtung unerträglich wird, warum will man mich hindern, meinen Leiden ein Ende zu machen, und mich grausam eines Hilfsmittels berauben, das ich in Händen habe? Warum soll ich noch einer Gesellschaft dienen, der ich nicht länger angehören mag? Warum wider meinen Willen einen Vertrag halten, der ohne meine Einwilligung abgeschlossen wurde? Wechselseitiger Vorteil ist die Grundlage der Gesellschaft; wie kann man mich also hindern, mich von ihr loszusagen, wenn ich den meinigen nicht länger finde? Das Leben wurde mir als Gunst verliehen; ich darf es also zurückgeben, wenn es mir zur Last geworden . . . .“ —

Die Ansicht *Feuerbachs* vertritt wohl auch *Schütze*<sup>20</sup>,

<sup>17</sup> Man erinnere sich der ergreifenden Szene in *Ibsens* „Gespenstern“ (3. Aufzug): *Oswald* (zu seiner Mutter): „Ich habe dich nicht um das Leben gebeten. Und welch ein Leben hast du mir gegeben? Ich will es nicht! Du kannst es zurücknehmen!“ (Übersetzung von *M. v. Borch.*)

<sup>18</sup> Vgl. BGB. § 516.

<sup>19</sup> „Lettres Persanes“, 76. Brief. (Übers. von *E. Bertz.*) Reclam.

<sup>20</sup> „Lehrbuch des deutschen Strafrechts“, 1874, § 35.

wiewohl minder klar. Er behauptet, im Selbstmord (wie in der Selbstverstümmelung) könne ein Bruch der Rechtsordnung gefunden werden; denn die Rechtsordnung beanspruche vom Individuum die Aufrechterhaltung der wesentlichen Bestandteile seiner Persönlichkeit. Das ist eine tautologische Beweisführung, und daher überhaupt keine! Niemand wird ja bestreiten, daß der Selbstmord, wenn die Selbsterhaltung des Individuums ein Postulat der Rechtsordnung ist, einen Bruch ihrer darstelle; allein gerade darauf kommt es an, ob denn die Selbsterhaltung des Individuums in der Tat ein Postulat der Rechtsordnung sei. Und was *Simmel* einmal von der Ethik sagt<sup>21</sup>, das trifft, hier im besonderen, auch für die Strafrechtsdoktrin zu: daß es ihr Verhängnis ist, „dasjenige meistens als selbstverständlich vorauszusetzen, worauf es gerade ankommt“.

Nicht weit entfernt von den Standpunkten dieser beiden Kriminalisten ist der *Heffters*<sup>22</sup>: Allerdings faßt er den Begriff der „Pflichten gegen den Staat“ wesentlich enger. Er statuiert keine allgemeine Pflicht des Individuums zu leben, sondern läßt die eigene Tötung dem Strafrecht des Staates nur insofern anheimfallen, „als es dabei auf Verletzung oder Umgehung bestimmter Pflichten gegen den Staat abgesehen ist“. An welche Pflichten er hierbei denkt, geht aus seinen Worten aber nicht hervor.

Die Mehrzahl der Schriftsteller jedoch, welche den Selbstmord bestraft (oder doch lediglich aus kriminalpolitischen Gründen straflos) wissen wollen, motivieren diese Forderung mit seiner „Unsittlichkeit“. So sagt *Jarcke*<sup>23</sup>: „Was (die Selbstverstümmelung und) Selbsttötung oder deren Versuch betrifft, so liegt in dem Begriffe des Verbrechens kein Grund, warum . . . diese an sich unsittlichen Handlungen nicht für ein Verbrechen erklärt

<sup>21</sup> „Einleitung in die Moralwissenschaft“, Bd. I, 1892, S. 48.

<sup>22</sup> „Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts“, 1857, S. 179.

<sup>23</sup> „Handbuch des gemeinen deutschen Strafrechts“, 1827, Bd. I, S. 108.

werden könnten“. Ähnlich *Hepp*<sup>24</sup>: „Da der Selbstmord eine moralische Schändlichkeit enthält, so ist es gewiß nicht unvernünftig, ihn mit Strafe zu belegen“. Auch *Berner* gehört zu dieser Gruppe; er schreibt<sup>25</sup>: „Als eine Rechtsverletzung kann der Selbstmord nicht geahndet werden. Der Selbstmord ist aber eine unsittliche Handlung. Es ließe sich sehr wohl denken, daß der Staat sich veranlaßt sähe, ihn im Interesse der öffentlichen Sittlichkeit zu bedrohen. Der Abscheu vor dieser gottlosen Tat könnte dadurch belebt, vielleicht auch mancher Mensch im schweren sittlichen Kampfe aufrechterhalten und manches Menschenleben gerettet werden.“

Weshalb der Selbstmord sittlich tadelnswürdig sei, wird nicht untersucht. *Lion*<sup>26</sup> vollends ist unkritisch genug, den Satz zu verfassen: „Daß der Selbstmord in der Tat eine unsittliche Handlung ist, bedarf wohl keines Beweises“. *Lion* verwirft die Bestrafung des vollendeten Selbstmords aus demselben Grunde wie *Feuerbach* (wegen der „Unmöglichkeit“, den Täter zu treffen), und des Selbstmordversuches, weil er bei jedem Selbstmordkandidaten Geistesstörung präsumiert und die Bestrafung eines Menschen, der besser „geheilt“ werden sollte, für „barbarisch“ hält.

*Guderian*<sup>27</sup> allerdings versucht, die These von der Unsittlichkeit des Selbstmordes zu begründen. Er empfindet zunächst dunkel und richtig, daß die Handlung der eigenen Tötung zuweilen von durchaus moralischer Qualität sei: so etwa, wenn der Vater, vor der Wahl, ob er oder sein Kind von dem sinkenden Schiffe gerettet werden sollen, ins Meer springt, um seinem Kinde die Qual der Entschei-

<sup>24</sup> „Über die Verweigerung des christlichen Begräbnisses beim Selbstmorde“, 7. Abhandlung der „Versuche über einzelne Lehren der Strafrechtswissenschaft“, 1827, S. 196.

<sup>25</sup> „Lehrbuch des deutschen Strafrechts“, 18. Aufl., 1898, S. 97–98.

<sup>26</sup> „Ist Beihilfe zum Selbstmord strafbar?“ (*Goltdammers Archiv*, Bd. VI, 1858, S. 459.)

<sup>27</sup> „Die Beihilfe zum Selbstmord und die Tötung des Einwilligenden“, 1899, S. 10, 11, 15, 18.

dung zu nehmen; oder dort, wo Patriotismus das Motiv bildet, wie im Falle des Arnold von Winkelried; um nun sein intellektuales Gewissen mit der Empfindung von der keineswegs unsittlichen Wesensart dieser Selbstmorde nicht zu belasten, leistet sich *Guderian* das dialektische Kunststückchen, diese und ähnliche Selbstmorde einfach aus dem begrifflichen Schubfach „Selbstmord“ zu eliminieren. Dieser Kniff führt ihn dahin, als „Selbstmord“ nur die Fälle zu bezeichnen, „in denen der sich Tötende durch seine Handlung die vom Christentume auferlegte Pflicht des Duldens verletzt, in denen er sich also, um körperlichen oder seelischen Leiden zu entgehen, den Tod gibt. Hier wird stets der Selbstmord ein Auflehnen gegen das göttliche Gebot und daher eine Unsittlichkeit enthalten. Soweit dieses Merkmal nicht in der Tötungshandlung enthalten ist, wird man auch nicht von Selbstmord reden können.“ So leitet *Guderian* die Unsittlichkeit des Selbstmordes aus religiösen Normen her. Da der Selbstmord einen Verstoß gegen die christliche Lehre bedeutet<sup>28</sup> und „der moderne Staat trotz der Glaubensfreiheit wesentlich auf christlichen Anschauungen beruht, so wird durch den Selbstmord eine der wichtigsten Grundlagen unseres staatlichen Organismus verletzt und dadurch mittelbar auch der Staat selbst gefährdet“. Wenn *Guderian* schließlich zur Strafflosigkeit des vollendeten Selbstmords gelangt, so geschieht dies wiederum aus kriminalpolitischen, und wenn er auch Strafflosigkeit des Versuches fordert, aus psychologischen Gründen: da eine wirklich empfindliche Strafe zur Folge haben könnte, daß der Täter, um ihr zu entgehen, zum zweitenmal Hand an sich legte.

Andre Erwägungen führen *Köstlin* und *Hälschner* zum selben Ergebnis. Sie stellen das Theorem von der rechtlichen Belanglosigkeit rein-unsittlicher Handlungen auf. *Köstlin*<sup>29</sup>, dessen hegelianische Abkunft dem Leser aus jeder

<sup>28</sup> Was nicht einmal feststeht; es sei denn, daß man in den Kirchenvätern die letzte Autorität erblickt.

<sup>29</sup> „System des deutschen Strafrechts“, allgemeiner Teil, 1855, S. 99, 102.

seiner Zeilen entgegenspringt, erklärt eine Handlung dann für unsittlich, wenn sie dem der Person immanenten allgemeinen Willen widerspricht, und glaubt eine solche Lage ausnahmslos dann zu erkennen, wenn es sich um lebensgefährliche oder unheilbare Gesundheitsverletzungen handelt; für diese müsse die — sonst anzuerkennende — individuelle Dispositionsbefugnis ausgeschlossen werden. Daher bleibt seiner Meinung nach die Unsittlichkeit auch bestehen, wenn jemand eine solche Verletzung an sich selber vornimmt; dennoch sei eine solche Verletzung nicht zu bestrafen; denn „sie tritt nicht in die soziale Sphäre hinaus und wird daher kein Gegenstand für die Reaktion von seiten des Staates, der sie den subjektiv<sup>30</sup> sittlichen Mächten (Gewissen, Familie, Kirche) zur angemessenen Behandlung anheimzustellen hat“.

Nicht in der Motivation, aber im Resultat hiermit identisch ist die Meinung *Hälschners*.<sup>31</sup> „Diejenigen rechtlichen Güter“ — so schreibt er — „welche, wie Leben, Gesundheit, Freiheit, Ehre, Wesenbestimmtheiten der menschlichen Persönlichkeit bilden, sind, obwohl sich der Mensch ihrer zu entäußern vermag, rechtlich unveräußerliche darum, weil es ihrer sittlichen Zweckbestimmung widerspricht, unsittlich ist, sich ihrer zu entäußern.“ Wenn er nun deshalb den Selbstmord für „an sich, weil unsittlich, niemals berechtigt“ erklärt, so hält er ihn dennoch nicht für rechtswidrig oder verboten, da der Mensch zu sich selbst nicht in einem rechtlichen, sondern lediglich moralischen Verhältnis stehe; er hält ihn vielmehr für „rechtlich indifferent“.<sup>32</sup>

All diesen Anschauungen ist die Forderung gemeinsam, daß der Selbstmord (und, soweit dieses Teilproblem den

<sup>30</sup> Inwiefern Familie und Kirche „subjektive“ Mächte sind, bleibt dunkel. *Köstlin* meint offenbar „private“ Mächte; denn „subjektiv“ ist unter den aufgezählten Mächten nur das Gewissen.

<sup>31</sup> „Das gemeine deutsche Strafrecht“, Bd. I, 1881, S. 468 ff.

<sup>32</sup> Vgl. auch desselben „System des Preußischen Strafrechts“, 1858, S. 241/242.

Schriftstellern überhaupt über die Schwelle des Bewußtseins getreten ist, der Selbstmordversuch) straflos bleibe. Die einen begründen diese Forderung kriminalpolitisch, die anderen mit dem Indifferenztheorem. Die kriminalpolitischen Bedenken nun sind wenig stichhaltig. Daß die faktische Bestrafung einer Tat, die den Täter der Möglichkeit des Bestraftwerdens entzieht, einen Nonsens bedeutet, scheint uns allerdings eine Binsenwahrheit zu sein; aber von der Bestrafung muß doch scharf die Strafandrohung getrennt werden, und es ist doch wohl denkbar, daß sich ein mystizistisch veranlagter Mensch durch die Androhung etwa eines infamierenden Begräbnisses vom letzten ersten Schritt zurückhalten ließe.

Was über die abschreckende Wirkung der objektiven Strafsatzung für den vollendeten Selbstmord gilt, das gilt natürlich auch für den versuchten. Die psychologischen Argumente andererseits, die gegen die Strafbarkeit des Versuchs geltend gemacht werden, vermögen gleichfalls nicht zu überzeugen. Daß man bei Selbstmordkandidaten regelmäßig Geistesstörung anzunehmen habe (*Lion*), widerlegt, beweiskräftiger als die Laienerfahrung, die Statistik.<sup>33</sup> Ihre Ergebnisse wird nur der ignorieren, der in der selbstmörderischen Handlung als solcher bereits ein Kriterium der Geistesstörung sieht; dieser müßte dann aber konsequenter-

<sup>33</sup> Rechnen wir zu den im Zustande geistiger Gestörtheit verübten Selbstmorden selbst die in der Statistik unter den Rubriken „Andere Beweggründe“ und „Unbekannte Beweggründe“ aufgeführten Fälle, so ergibt sich — wenn wir auch den Alkoholismus zu den Geistesstörungen zählen —, daß in Preußen 1895: 43,9 %, 1900: 43,5 %, 1905: 37,8 % der Selbstmorde auf Motive zurückzuführen sind, die die Annahme geistiger Gesundheit fordern, wie Lebensüberdruß im allgemeinen, körperliche Leiden, Leidenschaften, Laster, Ausschweifungen, liederliches Leben, Trauer, Kummer, Reue, Scham, Gewissensbisse, Ärger und Streit. — Diese Stichprobe (vgl. „Preußische Statistik“, Heft 145, 171, 199, Berlin 1897, 1902, 1907, S. 140 bezw. 151 bezw. 158) kann genügen. Selbstverständlich gibt es, wie schon *Ad. Wagner* hervorgehoben hat, keine Statistik der Motive, sondern nur eine Statistik der Meinungen über die Motive; vgl. hierzu v. *Mayr*: „Selbstmordstatistik“, im „Handwörterbuch der Staatswissenschaften“, 2. Aufl., VI. Bd., 1901, S. 697 ff.

weise alle ungewöhnlichen, starken, extremen und — in einem höheren Sinne — revolutionären Handlungen (zumal Künstlerlaten) als Äußerungen geistiger Gestörtheit betrachten; woran ihn allerdings, quoad Sprachgebrauch, niemand hindern könnte, was aber praktisch-juristisch völlig unhaltbar wäre!

Auch *Guderians* Befürchtung, die Bestrafung des Selbstmordversuches möchte den Depressionsmomenten des Täters ein neues hinzufügen, ihn daher möglicherweise zu einem zweiten Suicid veranlassen, können wir nicht ohne weiteres teilen. In vielen Fällen entspringt nämlich der Wille, sich zu töten, Gefühlsaufwallungen von lediglich tage- oder stundenlanger Dauer, des öfteren sogar momentanen Impulsen; und wofern das nicht eine ziemlich geschmacklose Grotteske wäre, ließe sich doch sagen: mancher Selbstmörder mag seine Tat schon bereut haben.

Kurz: die kriminalpolitisch-psychologischen Gesichtspunkte, unter welchen Straflosigkeit des Selbstmords und Selbstmordversuchs postuliert werden, kränken sämtlich an Kasuistik; sie sind nicht durchgreifend, allgemeingültig, prinzipiell; und ein Anhänger der Strafbarkeit, etwa ein enragierter Kanonist, wäre durch derartige Einwendungen nicht zu gegenteiligen Anschauungen zu bekehren; auch nicht, wenn er optima fide ist!

Betrachten wir nun die Indifferenz-Formel. Was moralisch unberechtigt sei, sei darum nicht juristisch unberechtigt; das Unsittliche sei nicht eo ipso rechtswidrig; oder wie es (der übrigens zu dem Problem sonst Unwesentliches äußernde) *v. Grolman*<sup>34</sup> formuliert: Die Immoralität einer Handlung sei kein Grund, sie zu bestrafen.

Auch dieser Meinung glauben wir uns nicht anschließen zu können. Akzeptieren wir einmal den hier zugrundegelegten Begriff der Moral als eines irgendwie theistisch oder sozialpsychologisch über den Individuen schwebenden, objektiven Soll-Gesetzes, das mehr oder weniger „ewig“ ist und von derselben oder eher noch höherer Allgemein-

<sup>34</sup> „Grundsätze der Kriminalrechtswissenschaft“, 1825, S. 298.



gültigkeit als das statutarische „Recht“ —, so erscheint es doch wunderlich, vom Staate zu verlangen, die Befolgung dieses erhabenen Gesetzes aus dem Bereiche seiner Zwangsgewalt auszuschalten, das heißt: die Moral vom Recht prinzipiell zu trennen. Gibt es ein solches „Sittengesetz“, so wäre es als das an Zeit und beherrschtem Raum überlegene, darum ehrwürdigere, tiefgründigere, dem bloß für bestimmte Zeiten und Länder und durch einzelne Menschen oder Gewohnheiten geschaffenen „Recht“<sup>35</sup> durchaus übergeordnet; und man sollte meinen, es bestände sogar eine heilige Pflicht des Staates, auf die Erfüllung der dieses majestätische Gesetz bildenden Gebote den allerhöchsten Wert zu legen. Wenn man also eine objektive Moral für bestehend erachtet, so entbehrt die These, der Staat habe sich nicht um sie zu kümmern, jeglicher Begründung. Auf *Kant* jedenfalls können sich die Indifferenztheoretiker nicht berufen; denn in der ganzen Anlage seiner praktischen Philosophie sind Recht und Sittlichkeit keineswegs scharf getrennt<sup>36</sup>; aber auch nicht auf *Fichte*; denn daß dieser die Scheidung radikal durchführte, war lediglich eine Konsequenz seiner subjektivistischen Morallehre.<sup>37</sup> Wer eine objektive Moral annimmt — und das tun eben alle Rechtsgelehrten, die mit dem Begriff der Unsittlichkeit operieren —, für den kann gar kein Grund vorliegen, den Staat aufzufordern, die Sorge für ein möglichst hohes Niveau dieser Moral hintanzusetzen; und *Berners* Forderung, den Selbstmord „im Interesse der öffentlichen Sittlichkeit“ zu bedrohen, müßte logischerweise seine Unterstützung finden. Gerade die Verfechter des Indifferenztheorems sollten seine Unhaltbarkeit am ehesten einsehen; denn, wie später dargestellt werden wird, sind gerade sie es vielfach, die bei der

<sup>35</sup> Vgl. hierzu *Hegel*: „Grundlinien der Philosophie des Rechts“, herausgegeben von *Gans*, 1833, S. 8.

<sup>36</sup> Vgl. *Kants* Metaphysik der Sitten, ersten Teil: „Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre“, 1797; §§ 43—47. — Und *Köstlin*, a. a. O., S. 101.

<sup>37</sup> Vgl. besonders „Naturrecht“, S. 167.

Begründung der Strafbarkeit anderer Handlungen mangels sonstiger Argumente auf die „Unsittlichkeit“ rekurrieren!<sup>38</sup>

Also weder die kriminalpolitischen Bedenken noch das Indifferenztheorem sind zulängliche Einwände gegen die Strafbarkeit des Selbstmords. Sehen wir darum zu, ob sich nicht stichhaltige Gegen Gründe finden.

*Feuerbach* — sahen wir — stellt den Selbstmord gleichsam als einen Vertragsbruch dar. Diese Auffassung wird dann erträglicher, wenn man „Vertrag“ im Sinne des *Rousseau* schen allgemeinen fiktiven Gesellschaftsvertrags nimmt. Die Verpflichtung des Individuums, am Leben zu bleiben, wäre dann keine Kontrakt-, sondern eine Legalobligation, vergleichbar etwa der Steuerpflicht oder der Schulpflicht oder der aus § 1617 BGB. resultierenden Pflicht des Kindes, „solange es dem elterlichen Hausstand angehört und von den Eltern erzogen oder unterhalten wird, in einer seinen Kräften und seiner Lebensstellung entsprechenden Weise den Eltern in ihrem Hauswesen und Geschäfte Dienste zu leisten“. — Der Unterschied zwischen den beiden Auffassungen ist der: die einen nehmen (naturrechtlich — im schlechten Sinne —) einen ipso iure-Anspruch des Staates an, der darauf geht, daß seine Mitglieder sich ihm nicht entziehen; die anderen meinen, daß er zunächst nur ein Interesse daran habe, daß dieses Interesse allerdings strafschutzwürdig sei. Daß eine Pflicht des Bürgers, sich dem Staate zu bewahren, von Natur bestehe, halten wir für falsch; in Frage kommt nur, ob eine derartige Pflicht statuiert werden solle. Nun bemerkt schon *Hugo Meyer*<sup>39</sup> mit vollem Recht, daß das Interesse des Staates an der Verhinderung des Selbstmordes nicht groß genug ist, „um die in diesem Falle meistens gebotene Nachsicht mit dem Täter zu überwiegen“. Außerdem wird der Staat gerade durch den Selbstmord selten einen Bürger verlieren, dessen Verlust er zu bedauern hat. Das hat schon *v. Wächter* hervorgehoben in der vielleicht wert-

<sup>38</sup> Vgl. Abschnitt VIII der Arbeit.

<sup>39</sup> „Lehrbuch des deutschen Strafrechts“, 5. Aufl., 1895, S. 265.

vollsten Arbeit<sup>40</sup>, welche die Literatur dieser Frage bisher aufzuweisen hat, einer Arbeit, die *Wellauer* mit Recht als grundlegend bezeichnet. — Gesetz aber, der Staat habe dennoch ein hohes Interesse daran, daß die Bürger ihm ihre Kräfte nicht entziehen, so müßte er auch die Auswanderung unter Strafe stellen; denn es muß ihm gleichgültig sein, ob der Bürger aus dem Leben oder nur aus dem Staatsbereiche scheidet! Der Bürger übernimmt zwar, wenn er sich in den Rechtsschutz des Staates begibt, die Verbindlichkeit, den Gesetzen dieses Staates gemäß zu leben, solange er Mitglied des Staates bleibt, aber keineswegs die Pflicht, Mitglied des Staates zu bleiben.<sup>41</sup> Hierin gleicht der Staat jeder Privatkorporation. Wer daher den Selbstmord mit dieser Begründung unter Strafe stellen will, der muß konsequenterweise auch das Recht der freien Auswanderung, das schon *Cicero* als ein seit Urbeginn von den Voreltern erworbenes Göttergeschenk preist, das die neueren Publizisten fast ausnahmslos anerkennen, und das zum Grundbestand aller modernen Staatsverfassungen gehört, den Bürgern wegnehmen. In der Tat haben einige<sup>42</sup> den Zwang, sklavisch an der Scholle zu kleben, mit der Behauptung zu rechtfertigen versucht: es würde zur Auflösung des ganzen Staates führen, wollte man allen den Austritt erlauben. Dieser Ängstlichkeit kann man nur mit *Wächter*<sup>43</sup> entgegenrufen: „substernitur casus non dabilis“, und die bescheidene Anfrage stellen, ob man denn auch das freie Reisen verbieten solle, weil der Staat zugrunde gehen müßte, wenn alle Bürger auf einmal verreisten. Im übrigen ist es aber auch notwendig, einmal energisch daran zu erinnern, daß doch wohl der Staat für die Bürger und

<sup>40</sup> „Revision der Lehre vom Selbstmord“ (Neues Archiv des Kriminalrechts, Bd. X, 1829).

<sup>41</sup> Ähnlich: *Abegg*, „Untersuchungen aus dem Gebiete der Strafrechtswissenschaft“, 1830, S. 76. — *Wächter*, a. a. O., S. 656 ff. — *Lion*, a. a. O., S. 458. — *Berner*, a. a. O., S. 97. — *Tittmann*, a. a. O., S. 578.

<sup>42</sup> So der reaktionäre *Trummer*: „Zur Philosophie des Rechts und insbesondere des Strafrechts“, 1827.

<sup>43</sup> A. a. O., S. 660, Anmerkung 182.

nicht die Bürger für den Staat da sind, und daß es ja durchaus nichts schaden würde, wenn ein durch eine solche Generalauswanderung entleerter Staat zugrunde ginge!

Eine nicht zu rechtfertigende Kritikart ist es, welche als äußerste Grenze, als letzten Markstein aller Rechtsmotivation den Staat setzt.<sup>44</sup> Hier tanzen noch immer Geister des Aberglaubens. Noch immer haftet dem Staat viel vom „Göttlichen“ an; selbst scharfe Gegner der absoluten Theorien empfinden diese Institution als etwas irgendwie Geheiligtes, während sie doch in der Tat dem menschlichen Gemütsleben entfernter steht denn alles andere und wahrhaftig „das kälteste aller kalten Ungeheuer“<sup>45</sup> ist. Die Relationen des Einzelmenschen zu seinem Vaterlande und zu seinem Volke: die können zwar in hohem Maße gefühlsbetont sein; — die Relationen zu seinem Staate niemals! Sind revolutionäre Umtriebe letzten Endes deshalb zu verdammen, weil sie den „Bestand des Staates“ gefährden? Mit nichten! Sondern letzten Endes, weil sie das friedliche, gedeihliche Zusammenleben der Menschen gefährden, ein Zusammenleben, das nach vernünftigem Ermessen in unabsehbarer Zeit ohne die Institution „Staat“ allerdings nicht möglich wäre. Man hat im Staat immer nur etwas Vorletztes, ein Mittel zu sehen; töricht ist es, ihn als „Selbstzweck“ aufzufassen. „Selbstzweck“ — dieses schöne Wort enthält in sich schon einen begrifflichen Widerspruch; denn da „Zweck“ seinem Begriffe nach etwas Außerhalb-Liegendes, Entferntes, Erst-zu-Erwartendes, Zukünftiges ist, da „Zweck“ eine temporale Disjunktion bezeichnet, so kann augenscheinlich nichts der Zweck seiner selber sein; wofern man nämlich keine sprachliche Falschmünzerei treibt . . . . Wer das Wort „Selbstzweck“ gebraucht, meint denn auch im Grunde etwas anderes und

<sup>44</sup> Seit *Hegel* (a. a. O., S. 139) tun das die meisten. Das rührt offenbar daher, daß der wissenschaftliche Anarchismus selbst bei den aufgeklärtesten Leuten heutigestags noch Dynamitassoziationen auslöst.

<sup>45</sup> Ausdruck *Nietzsches* (*Zarathustra*, Buch I, „Vom neuen Götzen“), a. a. O., Bd. VI.

einfacheres, als er sagt; und die so erbärmlich oft zu hörende Redensart, das Leben oder die Wissenschaft oder die Kunst oder der Staat seien „Selbstzweck“, will am Ende weiter nichts ausdrücken als den Gedanken: diese Gegebenheiten seien ohne Zweck, zwecklos, unzweckhaftig, schlossen die Teleologie aus. — Diese ateleologische Auffassung vom Staat glauben wir nun aus folgendem Grunde nicht billigen zu können<sup>46</sup>: Der Staat erlegt dem einzelnen Fesseln auf; er hindert ihn an der vollen Auswirkung seiner Persönlichkeit, ist antiindividualistisch; so wenig sich nun der einzelne dieser antiindividualistischen Einrichtung entziehen kann (wie er sich etwa der Kunst als etwas Externem, in sein Leben gar nicht Eingreifendem zu entziehen vermag), so wenig braucht er sich — als ein zum Bewußtsein seiner selbst Gekommener — ihr zu unterwerfen, wenn er wüßte, sie sei „um ihrer selbst willen“ da, und nicht aus Zwecken. Das Leben des Staatsbürgers ist durchsetzt von Opfern; zu Opfern aber erklärt sich das vernünftige Wesen keinem Idol gegenüber bereit; wenn es Opfer darbringt, so nur einer Vernunft-Notwendigkeit. Hat der Staat keinen „Zweck“, so pfeifen wir auf ihn; entstanden sein mag er übrigens, wie er will: legitimiert ist er heute lediglich als Zweck-Institution! — Und sollte vielleicht dereinst eine neue Form des menschlichen Zusammenlebens gefunden werden, eine Form, die den „Staat“ als antiquiert erscheinen ließe und nicht mehr als Notwendigkeit, so wird kein Grund vorliegen, die alte soziologische Form zu konservieren; denn das Leitgestirn aller sozialen Ordnungen muß die Freiheit sein. „Daß der Staat oder eine Gesellschaftseinheit überhaupt eigne Lebensbedingungen und -entwicklungen ausbildet, in abstrakter Höhe und Gleichgültigkeit gegen das Individualleben der Mitglieder, diese damit zu Leistungen zwingend und in Existenzformen hineinpressend, die zu dem Gesetz ihres eignen

<sup>46</sup> Um von dem vorgezeichneten Wege nicht allzusehr abzuweichen, unterlassen wir absichtlich jede kritische Erörterung der mannigfachen Theorien vom Staate.

Wesens schlechthin keine Beziehung haben, — dies mag zwar eine abstrakte Großartigkeit besitzen, dennoch aber als eine Vorläufigkeit erscheinen, in der aus der Not eine Tugend gemacht wird.“<sup>47</sup>

Wenn im Auswandern keine Verletzung eines subjektiven Staatsrechts liegt, wieviel weniger im Selbstmord, da doch der Auswandernde durch das Mitnehmen seiner Habe dem Staate wenigstens einen konkreten wirtschaftlichen Schaden zufügt, während der Selbstmörder sein ganzes Vermögen zurückläßt!<sup>48</sup> Dem kann entgegengehalten werden, daß es dem Staat nicht so sehr auf das handgreifliche Vermögen, als vielmehr auf die Arbeitskraft ankomme; allein, sollte die Entziehung der Arbeitskraft unter Strafe gestellt werden, dann müßte man auch — neben Selbstmord und Auswanderung — den Müßiggang, das Zölibat und die Ausschweifungen bestrafen, die in ihren Folgen eine Verminderung dieser Kraft begründen.<sup>49</sup> Vor allen Dingen „darf nicht übersehen werden, daß das Leben als solches seine selbständige Bedeutung und Berechtigung habe, daher sittlicher Zweck, und nicht bloßes Mittel für einen anderen, außer ihm liegenden Zweck sei“ (ein treffliches Wort *Abeggs!*)

Somit bleibt als einziges Argument für die Strafbarkeit des Selbstmordes sein unsittlicher Charakter bestehen. Daß eine Handlung, falls sie nur unsittlich ist, prinzipiell dem Strafrecht des Staates sehr wohl anheimfallen kann, glauben wir gezeigt zu haben. Das Problem restringiert sich demnach auf die Frage: Ist der Selbstmord unsittlich?

Wir haben gesehen, daß die meisten Autoren diese Frage bejahen, ohne sich erst in die Unkosten einer Begründung zu stürzen. Die historische Schule hält kritisches Nachdenken über die Gesetze ja für überflüssig. Man lese, wie sich etwa *Geib*<sup>50</sup> in den höchsten Tönen

<sup>47</sup> *Simmel*: „Die Religion“ (in der Sammlung „Die Gesellschaft“), 1906; S. 55.

<sup>48</sup> Vgl. *Beccaria*: „Dei delitti e delle pene“ (übers. von *Esselborn*, 1905), S. 148.

<sup>49</sup> Vgl. *Abegg*: a. a. O., S. 74 ff. — <sup>50</sup> A. a. O., S. 202 ff.

gegen die Philosophie, also gegen die Motivation der Rechtsnormen, wendet. Und selbst der geistvolle *Henke* bricht die Erörterung des Selbstmordes plötzlich mit der Bemerkung ab: es sei überflüssig, auf die Prüfung der Strafwürdigkeit einzugehen; denn hierüber könnte nicht genügend geredet werden, ohne sich auf den nie endenden Streit über den Rechtsgrund und Zweck der Strafe einzulassen; interessanter(!) sei es, zu untersuchen, wie sich die positiven Gesetzgebungen zu dieser Handlung gestellt haben.<sup>51</sup> — Nun ist es zunächst ein Irrtum, anzunehmen, daß hier die Fragen des Rechtsgrundes und des Zweckes der Strafe überhaupt eine Rolle spielen. Das Problem des Rechtsgrundes bezieht sich auf die generelle Befugnis des Staates, Strafen anzudrohen und zu vollstrecken, das Problem des Strafzwecks — welches die sogenannten „Strafrechts-Theorien“ aufwerfen — behandelt die Frage, zu wem Ende gestraft wird; beides sind also formale Kriminalprobleme; sie antworten auf die Fragen „warum?“ und „wozu?“ oder auch „woher?“ und „wohin?“, und beschäftigen sich nicht (material) mit einem bestimmten Tatbestand. Hier aber handelt es sich darum, zu untersuchen, ob ein bestimmter Tatbestand unter Strafe gestellt werden soll oder darf; es stehen die Bedingungen der Strafwürdigkeit<sup>52</sup> zur Debatte; es wird nicht gefragt, aus welchem Recht und zu welchem Zweck der Staat strafe, sondern in welchen Fällen er von diesem Recht (zu diesem Zweck) Gebrauch zu machen habe. Nicht „warum“, nicht „wozu“, sondern „wann“ er pönal reagieren solle. Nicht „woher“, nicht „wohin“, sondern: „wo“.

Entbehrt also *Henkes* Furcht, sich auf Rechtsgrund und Zweck der Strafe einlassen zu müssen, wenn es die Strafwürdigkeit einer Handlung zu erörtern gilt, der Be-

<sup>51</sup> „Handbuch des Kriminalrechts und der Kriminalpolitik“, 3. Teil, 1830, S. 587—588. — Der Satz ist wenigstens offenherzig.

<sup>52</sup> Die „Bedingungen der Strafwürdigkeit“ sind nicht zu verwechseln mit den „Voraussetzungen der Strafbarkeit“; die ersten sind *de lege ferenda*, die zweiten *de lege lata* wirksam.

gründung, so berührt es noch sonderbarer, daß er die Beschreibung der positiven Rechtssätze für interessanter als diese Erörterung hält. Über das persönliche Interesse läßt sich zwar ebensowenig streiten wie über den persönlichen Geschmack (wir selbst vermögen den „factis brutis“ ein so hohes Interesse nicht entgegenzubringen und unterschreiben am liebsten die dreisten Worte des *Goethe* schen *Baccalaureus*<sup>53</sup>: „Erfahrungswesen! Schaum und Dust! Und mit dem Geist nicht ebenbürtig!“): allein es muß einmal hingewiesen werden auf die ausgesprochen unsoziale Wesensart einer sich zweifellos äußerst unentbehrlich dünkenden Forschung, auf die gesellschaftliche Wertlosigkeit einer Wissenschaft, die nicht das Unerläßliche, sondern das „Interessante“, nicht das, was not tut, sondern das, was Spaß macht (und wenig Kopfzerbrechen), zu ihrem Gegenstand erwählt. In einer kleinen Note, die berühmt zu werden verdient, sagt *Köstlin*<sup>54</sup> einmal, gelegentlich eines schwierigen Problems: „Gerade hier finden es die meisten sehr bequem, sich hinter die Schanze des positiven Rechts zurückzuziehen, um keine eigne Meinung aussprechen zu müssen“. —

Wenn die Behauptung aufgestellt wird, eine Handlung sei unsittlich, so erheischt diese Behauptung einen Beweis, welchen natürlich nicht die Jurisprudenz, sondern nur die Moralwissenschaft geben kann. Aber die Diskussion ethischer Probleme wird von der seit einem knappen Jahrhundert antiphilosophisch gewordenen Rechtswissenschaft a limine abgewiesen. Selbst *v. Liszt* weicht in seinem klassischen Essay über den „Zweckgedanken im Strafrecht“<sup>55</sup> ängstlich vor der „Gefahr“ zurück, „in den un-  
ausgetragenen Kampf um die Grundlegung der Ethik hineingezogen zu werden“. Er weist nach, daß die Strafe ihrer

<sup>53</sup> „Faust“ II, 2.

<sup>54</sup> A. a. O., S. 102, Anmerkung 5.

<sup>55</sup> In der „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft“, Band III; — siehe auch: „Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge“, Bd. I, 1905, S. 140 ff.



psychologisch-historischen Herkunft nach „Triebhandlung“ und mithin keineswegs „Ausdruck eines sittlichen Werturteils“ sei; deswegen könne und müsse der Ursprung der Strafe von der Ethik losgelöst werden . . . . Nun ist aber, scheint uns, Genealogie nicht Motivation; Ursache nicht Grund; Wissenschaft vom Ursprung der Strafe nicht Wissenschaft von der Rechtfertigung der Strafe; und so wenig auch die Triebhandlung mit der Ethik zu schaffen hat, so eng ist jede Strafrechtsphilosophie mit der Ethik verknüpft; denn das eben ist das Merkmal der gegenwärtigen<sup>56</sup> Strafe, daß sie sich aus der Triebhandlung zur Zweckhandlung entwickelt hat. Gerade *v. Liszt* ist es ja, der diese Evolution immer von neuem betont! — Durch geschichtliche Forschung ist kein Deut der *Rousseau* schen Theorie vom „*contrat social*“ widerlegt worden —, da *Rousseau* ja „in seinem welterschütternden Werke nicht den bestehenden Staat erklären, sondern den dem Wesen des Menschen entsprechenden Staat aufzeigen und rechtfertigen wollte“<sup>57</sup>, und da sich, aller retrospektiven Beschreibung zum Trotz, auch heute noch und immerdar der staatliche Mechanismus lediglich als der Gegenstand einer stillschweigend getroffenen Abrede aller wird legitimieren lassen: und ebenso belanglos ist das Entstehen der Strafe für eine Stellungnahme zu den jetzt geltenden Strafnormen.

Schon die äußerliche Tatsache, daß in den Gesetzbüchern der Ausdruck „unsittlich“ vorkommt (nämlich als mißbilligendes Eigenschaftswort für gewisse sexuelle Handlungen), zeigt die Notwendigkeit, die Verbindung zwischen Jurisprudenz und Moralwissenschaft herzustellen. „Es kann keine Rechtswissenschaft sich ausdenken, auf ihre letzten Gründe sich zurückdenken lassen, die den Zusammenhang mit der Ethik verschmäh.“<sup>58</sup>

<sup>56</sup> Und in noch höherem Grade der zukünftigen! Denn was erstrebt werden muß, ist die Intellektualisierung des (noch teilweise unbewußten, naiven, instinktiven) Strafrechts.

<sup>57</sup> Vgl. *Jellinek*: „Allgemeine Staatslehre“, 1905, S. 204.

<sup>58</sup> *Cohen*: „Ethik des reinen Willens“, 1904, S. 66. — Abgesehen von dieser prinzipiellen Erfreulichkeit, kann das phänomenale Werk dieses

Ist also der Selbstmord unsittlich? Von denen, die das behaupten, versuchen zwei, *Köstlin* und *Guderian*, es nachzuweisen. Nach *Köstlins* Meinung ist der Selbstmord unsittlich, weil er zwar nicht dem Individualwillen des Täters, aber den ihm „immanenten allgemeinen Willen“ widerspreche. — Zunächst: daß es neben dem existenten einen „immanenten“ Willen im Individuum gebe, ist psychologischer Mystizismus; ist, wie vieles, was von *Hegel* herrührt, eine dialektisch sehr raffinierte Konstruktion, aber eine frei in der Luft schwebende Hypothese; ein vielleicht mit künstlerischen Qualitäten ausgestattetes Spiel des Geistes, aber nichts, worauf sich wissenschaftlich weiterbauen ließe. Daß überhaupt die Vorstellung von einem „allgemeinen Willen“ eine verkehrte ist<sup>59</sup>, kann hier unerörtert bleiben; denn schon die Unhaltbarkeit der Immanenztheorie entkräftet das *Köstlin* sche Argument.

*Guderian* nun hält den Selbstmord (dessen Begriff, wie erwähnt, er sehr willkürlich einschränkt) deshalb für unsittlich, weil er der christlichen Pflicht der Passion zuwiderlaufe. Es wäre lehrreich, von ihm zu erfahren, wie er den Selbstmord eines Dissidenten oder Juden moralisch und rechtlich bewerte. Für diese besteht ja die religiöse Pflicht des Duldens nicht. Vielleicht würde *Guderian* hier zu dem Ergebnis gelangen, daß die Sittlichkeit oder Unsittlichkeit einer Handlung von der konfessionellen Zugehörigkeit des Täters abhängt! Jedenfalls: so sehr auch der

---

neuen Hegel für unsere Zwecke nicht in Betracht kommen; denn es geht nicht vom Menschen, sondern vom Begriff des Menschen aus, und zwar von einem subjektiven und willkürlichen. Am bezeichnendsten für den ideologischen Dogmatismus *Cohens* ist der als ein Grundmotiv des Werkes gedachte Satz (S. 74): „Der Mensch ist nicht das, was er in seinem sinnlichen Selbstgefühle zu sein glaubt; in seinem Staate vielmehr atmet erst seine individuelle Seele auf. Das ist die große Paradoxie, auf die man wohl den heiligen Spruch übertragen kann: Erfüll' davon dein Herz, so groß es ist. Man darf vielleicht hinzufügen: daß groß es werde. Dies ist der Weg und dies ist das Mittel, das Selbst zu erweitern, und den Begriff des sittlichen Menschen in ihm zu erzeugen.“

<sup>59</sup> Vgl. Abschnitt VIII der Arbeit.

moderne Staat (selbst dort, wo er sich völlig von der Kirche abgelöst hat) durchsetzt, durchtränkt ist mit christlichen Elementaranschauungen — man denke bloß an das Gebiet der „Sozialpolitik“! —, so verkehrt ist es, irgendwelche positiven Vorschriften einer christlichen Kirche dem weltlichen Strafrecht zugrunde legen zu wollen; es sei denn, daß für die Anhänger außerchristlicher Bekenntnisse besondere Gesetze geschaffen werden, was unseren Verfassungen widerspräche. —

Außer der dialektisch-mystizistischen und der religiös-mystizistischen sehen wir keine Begründung der These von der Unsittlichkeit des Selbstmordes. Wo diese These aufgestellt wird, wird sie mithin entweder gar nicht oder unzureichend argumentiert. Wie wir nun im weiteren Verlauf dieser Studie zeigen werden, marschiert in der Literatur auch für die Strafwürdigkeit der anderen Verfügungen über sich selbst stets als letztes Argument ihr „unsittlicher“ Charakter auf; und es wird daher von methodologischem Werte sein, wenn wir die moralwissenschaftliche Betrachtung aus der Betrachtung der einzelnen Delikte herausdifferenzieren und in einen gesonderten Abschnitt verlegen.<sup>60</sup>

---

#### IV.

### Selbstverstümmelung.

Der Selbstmord ist nichts als der Extremfall der Selbstverletzung. Unter allen Gründen für und wider seine Strafbarkeit scheiden bei der Erörterung der Selbstverletzung lediglich diejenigen aus, welche sich auf die Tatsache der Unempfindlichkeit eines Toten beziehen; also nur äußerliche, kriminalpolitische Gründe. Sonst sind alle Unterschiede bloß quantitativer Natur.

Der Satz allerdings, die Selbstverletzung eines Menschen verletze kein subjektives Recht des Staates, erleidet einmal

<sup>60</sup> Abschnitt XI der Studie.

eine Ausnahme. In dem kriegerischen Zeitalter, in dem wir (noch) leben, braucht der Staat zur Aufrechterhaltung der internationalen und nationalen Ordnung ein Heer. In den Ländern der allgemeinen Wehrpflicht besteht ein gesetzlich festgelegtes Recht des Staates — das zu kritisieren uns hier nicht zukommt — gegen jeden tauglichen Bürger auf Ableistung des Heeresdienstes. Wer sich daher, um sich der Wehrpflicht zu entziehen, selber verletzt, der greift in die subjektive Rechtssphäre des Staates ein. „Die Selbstverstümmelung ist an und für sich so wenig wie der Selbstmord ein Verbrechen; es gibt auch keine Verbindlichkeit, um derentwillen der Staat von seinen Bürgern die Sorge für die Erhaltung ihres Körpers fordern könnte, als in dem Falle der Not die Verbindlichkeit zur Verteidigung des Vaterlandes.“<sup>1</sup> Diese Verbindlichkeit, die sich natürlich auch auf die Vorbereitungen einer Eventualverteidigung, kurzum auf Friedenszeiten, bezieht, rechtfertigt ohne weiteres, ebenso wie die Bestrafung der Fahnenflucht und der unerlaubten Auswanderung, die Bestrafung der zu dem nämlichen Zwecke verübten Selbstverstümmelung.<sup>2</sup> Eine prinzipielle Kritik an diesen Strafnormen wäre identisch mit einer Kritik der allgemeinen Wehrpflicht, fiele also aus dem kriminalistischen Rahmen heraus.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> *Tittmann*, a. a. O., S. 576.

<sup>2</sup> Vgl. §§ 142, 360, 3 StGB., §§ 64 ff., 81 MilStGB.

<sup>3</sup> Einige partikuläre Gesetzgebungen, so das Sächsische StGB. von 1855, Art. 144, haben allerdings die Selbstverletzung nicht nur dann bestraft, wenn sie in der Absicht unternommen wurde, sich der Wehrpflicht zu entziehen, sondern sie sprechen allgemein und unbestimmt von „bürgerlichen Pflichten“. Am weitesten geht das Preußische ALR. Im Teil II, Titel 20, § 802 heißt es: „Wer sich selbst durch vorsätzliche Verstümmelung seines Körpers zu seinen Bürgerpflichten oder zu gewissen nach seinem Berufe ihm obliegenden Geschäften untüchtig macht, der soll öffentliche körperliche Züchtigung und ein- bis dreijährige Zuchthaus- oder Festungsstrafe leiden“. — Es ist ja theoretisch denkbar, daß sich jemand eine Verletzung beibringt, auch um sich anderen Legalobligationen zu entziehen als gerade der des Heeresdienstes, beispielsweise der Pflicht, als Vormund oder als Schöffe zu fungieren; indes sind derartige Fälle jedenfalls so überaus selten, daß eine Strafandrohung, wenn nicht unbe-

## V.

**Anstiftung und Beihilfe zum Selbstmord;  
amerikanisches Duell.**

Es ist ein allzu logischer Schluß, wie *Lion* mit Recht bemerkt<sup>1</sup>, aus der Straflosigkeit einer Tat zu folgern, auch die Teilnahme an ihr müsse straflos sein. *De lege lata* ist dieser Schluß — wegen der Akzessorietät von Anstiftung und Beihilfe<sup>2</sup> — zwar durchweg richtig; und auch *de lege ferenda*, sobald die Tat aus innerlichen, ihrem Wesen entnommenen Gründen straffrei geblieben ist. Häufig jedoch führen lediglich äußere Zweckmäßigkeitsgründe zur Straflosigkeit der vollendeten Tat. Gerade im Falle des Selbstmords, sahen wir, begründen viele ihre auf Straflosigkeit gehende Ansicht mit derartigen (kriminalpolitischen) Argumenten. Die Frage also, ob die Teilnahme an der Selbstverletzung strafwürdig sei, steht durchaus noch offen, wenn die Frage nach der Strafbarkeit der Selbstverletzung schon beantwortet ist.

Betrachten wir zunächst die Anstiftung zum Selbstmord. Der Anstiftende kann entweder einen selbständigen

---

rechtigt, so doch überflüssig erscheint. Soweit aber Pflichten, welche nicht publizistischer, sondern privater Natur sind, in Betracht kommen, kann ein pönales Reagieren des Staates nur noch der gutheißen, der auf dem heute kaum noch betretenen Boden des Polizeistaates steht; jenes Staates, der den Bürger zu seiner eignen Wohlfahrt beamtlich zwingen, sein Berufs- und Familienleben behördlich überwachen, sein gesamtes Dasein bevormunden will; jenes Staates, in dem neben jeder Person ein Gendarm und neben jeder Handlung eine Rechtsnorm aufgepflanzt wird. Heute erinnert an jene Auffassung vom Staate allenfalls noch der § 361, 5 StGB., der mit Haft bestraft, „wer sich dem Spiel, Trunk oder Müßiggang dergestalt hingibt, daß er in einen Zustand gerät, in welchem zu seinem Unterhalt oder zum Unterhalte derjenigen, zu deren Ernährung er verpflichtet ist, durch Vermittlung der Behörde fremde Hilfe in Anspruch genommen werden muß“. Indessen werden hiermit weniger die Interessen des Täters und seiner Angehörigen als vielmehr die Interessen der Staats- und Kommunalverwaltungen unter strafrechtlichen Schutz gestellt.

<sup>1</sup> A. a. O., S. 458.

<sup>2</sup> Vgl. §§ 48, 49 StGB.; Mittäterschaft kommt hier nicht in Frage.

Willensentschluß des Täters bewirken oder sich des (willensunfähigen) Täters nur als eines sozusagen lebendigen Werkzeugs bedienen. Bei näherem Zusehen ergibt sich jedoch, daß der zweite Fall wegfällt; denn Anstiftung ist die vorsätzliche Bestimmung eines andern zu der von ihm vorsätzlich begangenen strafbaren<sup>3</sup> Handlung<sup>4</sup>; ist der zum Selbstmord „Angestiftete“ willensunfähig (ein Kind, ein Geisteskranker, ein Hypnotisierter), so ist der Kausalzusammenhang zwischen der Handlung des Anstifters und der Selbstentleibung des Angestifteten nicht unterbrochen durch die freie und vorsätzliche Handlung eines Zurechnungsfähigen; mithin kann dort von „Anstiftung“ nicht mehr die Rede sein; vielmehr ist Täterschaft anzunehmen (sogenannte „mittelbare Täterschaft“ oder „intellektuelle Urheberschaft“); eine solche — nur im Laienstil mit „Anstiftung“ zu bezeichnende — Handlung wäre daher als Tötung, das heißt, da regelmäßig das Tatbestandsmerkmal der Überlegung vorliegt, als Mord zu bestrafen.<sup>5</sup>

Es kommen also nur die Fälle in Betracht, wo der Anstiftende einen selbständigen Willensentschluß des Selbstmörders herbeigeführt hat. Ein Rechtsgut des Täters ist hier offenbar nicht verletzt; denn seit wann wäre ein vielleicht vorhandenes Interesse, Beeinflussungen, Vorschlägen, Überredungsversuchen nicht ausgesetzt zu sein, unter den Schutz des Strafrechts gestellt? Wenn aber überhaupt ein Interesse verletzt wird, so ist es dieses; denn das Interesse an der Erhaltung des eigenen Lebens verneint der Selbstmörder ja durch seine Tat. Daß ein Recht des Staates nicht berührt wird, folgt aus den obigen Erörterungen, die ergaben, daß der Staat keinen Anspruch auf das Lebendigbleiben seiner Mitglieder habe. Ebensowenig wie der, der zum Auswandern anstiftet<sup>6</sup>, kann der, der zum Selbstmord

<sup>3</sup> Daß die Handlung strafbar sein muß, gilt natürlich *de lege lata!*

<sup>4</sup> Vgl. *v. Liszt*: Lehrbuch, S. 225.

<sup>5</sup> Vgl. *Merkel*: „Lehrbuch des deutschen Strafrechts“, 1889, S. 306.

<sup>6</sup> Daß die Militärdelikte hierbei auszunehmen sind, desgleichen die betrügerische Verleitung zum Auswandern (§ 144 StGB.), dürfte sich von selbst verstehen.

anstiftet, bestraft werden. Es sei denn, daß hierin eine „Unsittlichkeit“ liegt.

Ähnlich verhält es sich mit der Beihilfe zum Selbstmord. Wie im Begriff der Anstiftung, so liegt es im Begriff der Beihilfe, daß der Täter die Tat vorsätzlich, also kraft freier, willkürlicher Entschliebung, ausführt. Allerdings ist es nicht notwendig, daß er etwas von der Beihilfe gewußt hat. Das zeigt der von *Guderian*<sup>7</sup> angeführte, den *Kohler* schen Strafrechtsaufgaben entnommene Fall: „A ist, um sich zu entleiben, ins Wasser gesprungen. B will ihn retten, wird aber von C zurückgehalten, welcher den Selbstmord des A in seinem Interesse findet.“ Hier ist C, da er den B zur Unterlassung der retterischen Handlung nötigt, zweifellos Gehilfe; denn er unterstützt dadurch den Lebensmüden in seinem selbstmörderischen Vorhaben; allein dieser braucht von seiner Beihilfe keine Ahnung zu haben.

Kennt nun der Selbstmörder die Beihilfetätigkeit, so ist der Fall ohne weiteres analog dem Selbstmorde und der Anstiftung zu behandeln, da wir deren Bestrafung nicht aus äußeren Zweckmäßigkeits-, sondern aus inneren Wesensgründen abzulehnen hatten — immer unter Suspension des moralistischen Argumentes! —; einer näheren Untersuchung bedarf also nur der Fall der dem Täter unbekanntem Beihilfe. Dieser unterscheidet sich von dem ersten keineswegs dadurch, daß die Motive des Gehilfen hier nicht „altruistischer“, sondern „egoistischer“ Natur wären! Auch der mit Wissen des Täters Beihilfe Leistende kann aus selbstsüchtigen und höchst niedrigen Beweggründen handeln. Die Motive sind für die rechtliche Beurteilung dieses Faktis völlig belanglos.<sup>8</sup> Auch der egoistische Gehilfe verletzt kein Rechtsgut. Sein Wille ist auf denselben Punkt gerichtet, auf den der Wille des Selbstmörders gerichtet ist;

<sup>7</sup> A. a. O., S. 34.

<sup>8</sup> A. M. v. *Liszt*: „Tötung und Lebensgefährdung“ in der „Vergleichenden Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts“, Besonderer Teil, V. Band, 1905, S. 132. Allerdings spricht er an dieser Stelle von der Tötung auf Verlangen.

und ein Gut, das dieser aus freiem Entschluß aufgegeben hat, kann unmöglich von jenem verletzt worden sein: das gilt für die dem Täter unbekannte Beihilfe gerade so wie für die ihm bekannte. Der erwähnte praktische Fall kann uns durchaus nicht von der Notwendigkeit überzeugen, den Gehilfen, auch nur den ohne Kenntnis des Täters und aus egoistischen Beweggründen handelnden Gehilfen, zu bestrafen. Wir würden es im Gegenteil als einen durchaus unberechtigten Eingriff in die freie Selbstbestimmung, in den Dispositionskreis, in das Lebensausgestaltungsrecht des Selbstmordkandidaten empfinden, wenn B ihn aus dem Wasser gezogen hätte<sup>9</sup>; und wenn der gerettete A gegen den B Strafantrag wegen Nötigung und Körperverletzung<sup>10</sup> stellte, so würden wir diesen anstandslos verurteilen. (Eine Freisprechung von der Körperverletzung halten wir für unbedingt ausgeschlossen; eine Freisprechung von der Nötigung nur dann nicht, wenn man wegen des im § 240 StGB. ausdrücklich hervorgehobenen Tatbestandsmerkmals der Widerrechtlichkeit den § 59 StGB. anziehen zu müssen und den Mangel des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit daher hier für einen Strafausschließungsgrund erklären zu müssen glaubt.) Der Verurteilung stünde keineswegs ein von *James Goldschmidt* so genanntes<sup>11</sup> „quasipublizistisches Notstandsrecht“ entgegen. Mit diesem hat es dieselbe Bewandnis wie (beispielsweise) mit der von einigen aufgestellten Doktrin von der absoluten Nichtigkeit gewisser Zivil- und Strafurteile, wie überhaupt mit allen Theoremen, welche positiven Gesetzesvorschriften entgegengesetzt sind; sie mögen de lege ferenda beachtenswert sein — de lege lata sind sie bedeutungslos. Wenn § 54 StGB. den Notstand ausdrücklich nur dann als Strafausschließungsgrund

<sup>9</sup> Ebenso *Klee* in seiner tiefgründigen und noch nicht nach Gebühr gewürdigten Schrift: „Selbstverletzung und Verletzung eines Einwilligenden“ (in *Goldammers Archiv*, Bd. 48, 49, 50), 1901—1904, Bd. 49, S. 250.

<sup>10</sup> Körperverletzung käme dann in Betracht, wenn die Rettung des sich Sträubenden etwa nur durch einen betäubenden Schlag ermöglicht worden war (vgl. v. *Liszt*, „Strafrechtsfälle“, 1902, Nr. 110, 7).

<sup>11</sup> Bisher, soweit wir wissen, nur im Kolleg.



erklärt, wenn es sich um die Rettung des Täters selber oder eines Angehörigen handelt, so folgt eben daraus, daß die Rettung aller anderen Personen die Strafe nicht ausschließen soll. Wir gestehen, daß diese Begrenzung des Notstandsbegriffes zu eng ist; denn sie führt etwa zu der Konsequenz, daß der unvorsichtige Velozipedist, dem man vom Perron des Straßenbahnwagens aus, damit er nicht unter die Räder gerate, einen körperverletzenden Stoß gibt, erfolgreich wegen Körperverletzung klagen könnte. Indessen liegt auch hier kein öffentlicher oder „gewissermaßen“ öffentlicher Notstand vor; in der Not befindet sich nicht Staat oder Gesellschaft, sondern sozusagen der Radfahrer. Der Selbstmordkandidat hingegen befindet sich nicht in Not, — wenn anders „Not“ einen Zustand der Diskrepanz zwischen Wille und Wirklichkeit bezeichnet. Da nun ein Anspruch des Staates gegen das Individuum auf Selbsterhaltung nicht besteht, also ein Rechtsgut des Staates nicht gefährdet ist, so kann auch de lege ferenda ein publizistisches Notstandsrecht nicht konstruiert werden. Der C hat, indem er den B von der „Rettung“ des A zurückhielt, nicht nur keine rechtswidrige, sondern sogar — wenn auch unbewußt und aus rechtlich irrelevanten Motiven — eine unrechtverhindernde Tat getan. Denn wo steht geschrieben, daß ich einen Menschen, der mir nichts Böses getan, der meine eigenen Rechtsgüter in keiner Weise angetastet hat, gewaltsam aus einer Situation reißen darf, in die er sich selber kraft freier Entschliebung begeben hat?

Aus alledem folgt, daß auch die ohne Wissen des Selbstmörders geleistete Beihilfe analog dem Selbstmord zu behandeln ist, wie das ja nach gegenwärtigem deutschen Recht auch geschieht.

Mithin ist die Teilnahme am Selbstmord — wenn sie nicht etwa „unsittlich“ sein sollte — als nicht strafwürdig charakterisiert.

In der Literatur kommen natürlich zu dem entgegengesetzten Resultat alle die, welche die Bestrafung des Selbstmordes lediglich aus kriminalpolitisch-psychologischen

Gründen ablehnen.<sup>12</sup> Daß die Strafbarkeit der Teilnahme am Selbstmord nicht aus den Normen für Tötungsdelikte abgeleitet werden könne, — darüber besteht ja kaum eine Meinungsverschiedenheit<sup>13</sup>; allgemein wird eingeräumt, daß die Strafmöglichkeit erst durch die Statuierung eines delictum sui generis gegeben sei.<sup>14</sup> Das RStGB. folgte der von *Berner, Geyer, Goldammer, Hälschner, Heffter, Köstlin, Mittermaier*<sup>15</sup> vertretenen Ansicht und stellte die Teilnahme am Selbstmorde nicht als besonderes Verbrechen auf, so daß sie nun straflos ist. Allerdings tendiert eine Gruppe von Kriminalisten dahin, bei der Strafrechtsreform dieses Delikt wieder aufzunehmen; eine Forderung, die zumeist mit dem „unsittlichen“ Charakter jener Handlungen begründet wird; so meint *Wellauer*<sup>16</sup>, sobald andere als der Selbstmörder beim Selbstmord irgendwie tätig gewesen seien, habe „das Recht einzuschreiten und die objektive Sittlichkeit zu wahren“; *Lion*<sup>17</sup> erklärt die Teilnahme für eine noch größere Unsittlichkeit als den Selbstmord; „wer die Grundsätze der Religion und Sitte, welche den Selbstmord brandmarken und ächten, verhöhnt und dazu wirkt, daß jene Sätze verletzt und übertreten werden“ — den hält

<sup>12</sup> So *Marezoll*: „Das gemeine deutsche Kriminalrecht“, 1856, S. 350. — *Schütze*: „Notwendige Teilnahme“, 1869, S. 287 ff. — *Lion*: a. a. O., S. 458—462. — *Guderian*: a. a. O., S. 34. — Neuerdings erstaunlicherweise auch *v. Liszt* in der „Vergleichenden Darstellung“.

<sup>13</sup> Abweichend wohl nur *Binding* („Handbuch des Strafrechts“, I. Bd., 1885, S. 701), der unter höchst anfechtbarer Fassung des strafrechtlichen Begriffes vom Kausalnexus und seltsamer Verkennung empirischer psychologischer Wahrheiten in der Anstiftung zum Selbstmord „Täterschaft an Mord und Totschlag“ sieht. — *Kohler* („Studien aus dem Strafrecht“, I, 1890, S. 144 ff.) spricht offenbar nur de lege ferenda.

<sup>14</sup> Dies ist nun tatsächlich in vielen Partikulargesetzgebungen des neunzehnten Jahrhunderts geschehen; so im Braunschweigischen Kriminalgesetzbuch von 1840 (§ 148), im Badischen StGB. von 1848 (§ 208), im StGB. für die Thüringischen Staaten von 1850 (Art. 121) und im Sächsischen StGB. von 1855 (Art. 158); ebenso in einigen noch heute geltenden ausländischen Gesetzgebungen; — vgl. *Stenglein*, a. a. O.

<sup>15</sup> Über die einzelnen Ansichten vgl. *Wellauer*: a. a. O.

<sup>16</sup> A. a. O., S. 66; vgl. auch die Prophezeiung auf S. 16.

<sup>17</sup> A. a. O., S. 462.

dieser Rechtsgelehrte ungefähr für den Ausbund alles Scheußlichen! Ihm nahe steht, wie erwähnt, *Guderian*; nur stellt dieser neben seine konfessionellen Argumente noch jenes von der „Beunruhigung der Allgemeinheit“.<sup>18</sup> Dieser sehr dehnbare, verschwommene und weniger wissenschaftliche als floskelartige Begriff muß eingeführt werden, um eine unhaltbare Sache zu retten. Entweder ist ein Rechtsgut verletzt oder es ist nicht verletzt. Ein nicht gerade unter Ekel oder Grauen erregenden Umständen in sonnenhellster Öffentlichkeit<sup>19</sup> begangener Selbstmord oder die Teilnahme daran verletzt weder ein Rechtsgut einzelner noch des Staates; denn „der Bestand des staatlichen Organismus“ wird dadurch wahrhaftig nicht, wie *Guderian* meint, „gefährdet“. Bedeutet „Beunruhigung“ aber weniger als Verletzung oder Gefährdung rechtlich bereits geschützter Interessen, bedeutet es lediglich eine Verdauungsbeeinträchtigung oder sonstige Emotionierung einiger Bürgerseelen, so ist gar nicht abzusehen, zu welchen Konsequenzen es führen würde, wollte man diese quietistischen Interessen unter den Schutz des Strafrechts stellen. Jedweder Neuerer unter den gestaltenden und kontemplativen Geistern ist — mindestens in einem sehr geistigen Sinne — revolutionär gewesen und hat seine Zeitgenossen, die überwiegend blöde Mitwelt, enerviert, „die Allgemeinheit beunruhigt“; wollte man aus *Guderians* Gedanken die richtigen Folgerungen ziehen, so müßte man alle schöpferischen Intelligenzen unter Strafe stellen; *Sokrates* wäre mit Fug zum Schierlingsbecher verurteilt, *Christus* mit Fug ans Kreuz geschlagen, *Giordano Bruno* mit Fug auf den Scheiterhaufen geschleppt worden; denn sie haben „die Allgemeinheit beunruhigt“. Auch der junge *Schiller*, *Richard Wagner*, *Henrik Ibsen* haben „die Allgemeinheit beunruhigt“, und zwar in einem wesentlich höheren Grade; und auch eine viel breitere Allgemeinheit, als diejenige „Allgemeinheit“, welche durch

<sup>18</sup> A. a. O., S. 22, 24, 52, 53.

<sup>19</sup> Hier ließe sich ein Polizeidelikt aus § 360, Nr. 11 annehmen! (Natürlich nur für den Versuch von Bedeutung.)

einen Selbstmord oder die Teilnahme an einem Selbstmord „beunruhigt wird“: diese epochalen Künstler — sie hätten alle ins Zuchthaus gesteckt werden müssen. Das Philisterinteresse, aus dem viertel-bewußten, verdrießlich-gemütlichen In-den-Tag-Hineinleben, aus dem gleichsam kontinuierlichen Nachmittags-Halbschläfchen nicht aufgerüttelt zu werden, dieses Philisterinteresse will *Guderian* strafrechtlich schützen! Diese Tendenz steht in ihrer heftigen Kulturfeindlichkeit vereinzelt da. —

Es wird sich an dieser Stelle kaum umgehen lassen, etwas über das sogenannte „amerikanische Duell“ zu sagen. Es handelt sich bekanntlich hierbei um das Ziehen von Losen. Die Duellanten treffen die ehrenwörtliche Abrede, wer das schwarze Los ziehe, der werde sich innerhalb einer bestimmten Frist entleiben.

Die Bestimmungen über den Zweikampf (StGB. § 201 ff.) sind hier nicht anzuwenden<sup>20</sup>, da das Tatbestandsmerkmal des Kämpfens mit Waffen fehlt. Von Tötung kann keine Rede sein, sobald die Kausalkette durch die freie und vorsätzliche Handlung des zurechnungsfähigen Selbstmörders unterbrochen wird. Ist dieser unzurechnungsfähig, so liegt allerdings Tötung, und zwar regelmäßig Mord, vor. Dasselbe gilt, wenn der sich Entleibende zwar vorsätzlich (also in Zurechnungsfähigkeit), aber nicht „frei“, sondern unter einem Zwange gehandelt hat. Ein Zwang, eine Nötigung aber scheint uns nicht nur im Falle der Gewalt oder Verbrechensbedrohung vorhanden zu sein; vielmehr kann unter Umständen bereits das erteilte Ehrenwort, zumal bei einem mit stark ausgeprägtem Ehrgefühl begabten Menschen, eine durchaus „nötigende“ Wirkung haben; besonders wenn der Gegner mit Entehrung droht.<sup>21</sup> In diesem Falle ist der Überlebende als des Mordes schuldig anzusehen. Bleibt die auf Selbstentleibung gerichtete Handlung erfolglos, so

<sup>20</sup> A. M. *Neubauer*, in der Allg. Österr. Gerichtszeitung, 1865, Nr. 5, und *Lüder*: „Die juristische Beurteilung des sog. Amerikanischen Duelles“, *Goltd. Arch.*, Bd. 13, S. 540 ff.

<sup>21</sup> Ebenso *Köhler*, a. a. O., S. 144, Anmerkung 2.

liegt Mordversuch vor. Naiv und für eine wenig verfeinerte Kulturauffassung symptomatisch wäre die Meinung, nur durch konkrete Mittel, durch Gift, Dolch, Revolver, könne „gemordet“ werden. — Tötet sich der Zieher des schwarzen Loses hingegen nicht unter einem solchen Drucke, sondern kraft freier Entschließung, so liegt ein Tatbestand vor, der zwar, wie *Wellauer*<sup>22</sup> richtig hervorhebt, mit dem der Anstiftung oder Beihilfe zum Selbstmord nicht identisch ist — da ja jeder der Losenden sich dem gleichen Risiko aussetzt und der Zufall entscheidet —, aber dennoch strafrechtlich ebenso wie jener behandelt werden muß<sup>23</sup>; in ihm den Tatbestand der Tötung eines Einwilligenden zu erblicken<sup>24</sup>, geht deshalb nicht an, weil im Falle der Tötung hier keine Einwilligung, und im Falle der Einwilligung hier keine Tötung vorliegt.

Allerdings dürfte es im konkreten Fall häufig schwer halten, festzustellen, ob der Selbstmörder unter einem Drucke oder frei gehandelt hat; — klar ist die Situation wohl nur in dem von *Binding* konstruierten Fall, wo der Gegner dem Zieher des Todesloses sein Ehrenwort ausdrücklich zurückgibt —; indes dürfen materiell-rechtliche Erwägungen niemals von prozessualischen Bedenken geleitet sein.

## VI.

### Tötung des Einwilligenden; Zweikampf.

Schon *Kohlers* Ausdeutung des „amerikanischen Duells“ zeigt, wie eng die Probleme der Teilnahme am Selbstmord und der Tötung des Einwilligenden miteinander verwandt sind. Um es gleich vorwegzunehmen: Wir sehen

<sup>22</sup> A. a. O., S. 92.

<sup>23</sup> So *Schaper*, in *Holtendorffs* „Handbuch des deutschen Strafrechts“, II, 1871, S. 116. — *Teichmann*, ibidem III, 1874, S. 395 ff. — *Holtendorff*, ibidem III, 1874, S. 417. — *Hälschner*, a. a. O., I, 496. — Im Prinzip auch *Binding*, a. a. O., S. 702.

<sup>24</sup> So *Kohler*, in der oben zitierten Anmerkung.

einen prinzipiellen Unterschied zwischen beidem überhaupt nicht. Und in dieser Auffassung stehen uns sogar solche Kriminalisten zur Seite, welche unsere Ansichten über den Selbstmord durchaus nicht teilen. So sagt *Lion*<sup>1</sup>: „Es muß behauptet werden, daß man die Tötung eines Einwilligenden nur dann als Verbrechen ansehen kann, wenn man Beihilfe zum Selbstmord dafür erklärt“. Und *Guderian*, dessen theokratische Grund- und quietistische Teilideen wir energisch zu bekämpfen hatten, können wir mit Vergnügen folgen, wenn er darlegt<sup>2</sup>, daß die beiden Tatbestände sich nicht qualitativ, sondern nur quantitativ voneinander unterscheiden; daß „Beihilfe zum Selbstmord, ihrer Intensität nach gesteigert, zur Tötung des Einwilligenden wird“. Er veranschaulicht dies an einem vortrefflichen Beispiel: „A will sich durch Erhängen töten. B liefert ihm den Strick oder schlägt den Nagel ein, an welchem der Strick befestigt wird. Hier wird B Gehilfe zum Selbstmorde des A sein. Eine Steigerung der Intensität seiner Teilnahme am Selbstmorde würde es sein, wenn B dem A die Schlinge um den Hals legte. Aber auch hier ließe sich allenfalls seine Tätigkeit noch als Beihilfe bezeichnen. Geht B aber noch einen Schritt weiter, zieht er vielleicht den A an dem Strick in die Höhe, so verliert seine Tätigkeit den Charakter der Beihilfe und wird zur Täterschaft.“ Wir sehen also, daß zwar diejenigen zu weit gehen, welche Teilnahme am Selbstmord und Tötung des Einwilligenden miteinander identifizieren<sup>3</sup>, daß die beiden Handlungen aber ihrer prinzipiellen Unterschiedslosigkeit wegen strafrechtlich gleich behandelt werden sollten. Wenn allerdings *Lion* und *Guderian* hieraus den Schluß gezogen haben, auch die Beihilfe zum Selbstmord müsse unter Strafe gestellt werden, so folgern wir vielmehr, daß auch die Tötung des Einwilligenden straffrei bleiben müsse. Jedoch sind wiederum gewisse Kautelen vonnöten. Die Straflosigkeit ist nur so-

<sup>1</sup> A. a. O., S. 462. — <sup>2</sup> A. a. O., S. 78.

<sup>3</sup> So *Stübel*: „Über den Tatbestand der Verbrechen“, 1805, S. 134; *Tittmann*, a. a. O., I, S. 300; *Henke*, a. a. O., Bd. II, S. 23.

lange gerechtfertigt, als ein Rechtsgut des Getöteten nicht verletzt wird. Wie nun allgemein anerkannt wird, läßt der Begriff der „Einwilligung“ viele und wesentlich voneinander divergierende Möglichkeiten zu; *Keßler*<sup>4</sup> definiert sie (zutreffend, wie wir glauben) als „die Erklärung der Übereinstimmung meines Willens mit dem Willensakte eines anderen“. Es ist jedoch denkbar, daß ich meine Übereinstimmung erkläre, ohne sie innerlich zu besitzen; ohne in Wahrheit übereinzustimmen. Sei es, weil ich formal gar nicht in der Lage bin, übereinzustimmen, als Willensunfähiger; sei es, weil ich anders denke als spreche, etwa „der Not gehorchend“. Die Gewähr für die Identität des Gesagten mit dem Gewollten ist nur dann gegeben, wenn ein ausdrückliches ernstes Verlangen des zu Tötenden vorliegt; und für die formale Möglichkeit der Übereinstimmung nur dann, wenn eine Geistesstörung ausgeschlossen und ein gewisses Minimalalter erreicht ist. Wo die Altersgrenze anzusetzen sei, bleibt eine zunächst offene und nur auf dem Wege des Kompromisses willkürlich zu regelnde Frage. Jedenfalls spielt das Alter der Strafmündigkeit (12 Jahre) hier gar keine Rolle, und die zivilistische Altersgrenze der beschränkten Geschäftsfähigkeit (7 Jahre) andererseits scheint viel zu niedrig, die der unbeschränkten Geschäftsfähigkeit (21 Jahre) zu hoch gegriffen; am annehmbarsten deucht uns der Vorschlag *Keßlers*<sup>5</sup>, das Alter der Antragsmündigkeit nach § 65 StGB. (18 Jahre) als Minimum festzusetzen oder aber die Frage zu einer *quaestio facti* zu machen, also dem Ermessen des Richters zu überlassen.

Wenn wir im folgenden füglich von der „Tötung des Einwilligenden“ sprechen, so verstehen wir „Einwilligung“ durchweg in diesem engen Sinne.<sup>6</sup> Sind die Begriffsmerk-

<sup>4</sup> „Die Einwilligung des Verletzten in ihrer strafrechtlichen Bedeutung“, 1884, S. 26. (Neben den erwähnten Schriften von v. *Wächter* und *Klee* u. E. die erfreulichste Erscheinung in der einschlägigen Literatur!)

<sup>5</sup> A. a. O., S. 102.

<sup>6</sup> Wir halten es daher für unnötig, den alten Terminus durch den neuen „Tötung auf Verlangen“ zu ersetzen, wie es beispielsweise *Frank* („Das Strafgesetzbuch“, 1903, S. 283) fordert.

male der so determinierten Einwilligung nicht gegeben, so erblicken wir — im Einklang mit dem positiven Recht — in der Tat eine echte Tötung, die allerdings häufig mit Umständen verknüpft sein wird, welche ein möglichst niedriges Strafmaß erheischen.

Nach deutschem Reichsrecht wird zwar die Teilnahme am Selbstmord nicht bestraft, wohl aber die Tötung des Einwilligenden. § 216 StGB. lautet: „Ist jemand durch das ausdrückliche und ernstliche Verlangen des Getöteten zur Tötung bestimmt worden, so ist auf Gefängnis nicht unter drei Jahren zu erkennen“. Das Strafminimum des Mordes — dem die Tötung des Einwilligenden als eine regelmäßige „überlegte“ Tötung entspricht — ist die Hinrichtung. Der Vergleich der beiden Strafmaße ergibt, daß der Gesetzgeber eine innere Verwandtschaft zwischen echter Tötung und Tötung des Einwilligenden leugnet.<sup>7</sup> — Untersuchen wir, ob dieses Verhalten des Strafgesetzbuchs, dieses vermittelnde, unprinzipielle Verhalten gerechtfertigt ist.

Daß Interessen des Getöteten nicht verletzt werden, ist ebenso klar wie im Falle der Beihilfe zum Selbstmord. Denn — um jene in der kriminalistischen Literatur förmlich zu Tode gehetzte und von *Schopenhauer*<sup>8</sup> mit Recht als „selbstevident“ bezeichnete ulpianische Parömie zu zitieren —: *Volenti non fit iniuria!* Das eine darf man allerdings, wie einige Schriftsteller hervorheben, nicht vergessen: daß in diesem Satz zwar die Möglichkeit der Verletzung des Rechtsgutes eines Wollenden, nicht aber die Möglichkeit der indirekten Verletzung eines Rechtsgutes anderer Subjekte verneint wird.<sup>9</sup> Die Körperbeschädigung zum Beispiel ist, falls sie mit Einwilligung des Beschä-

<sup>7</sup> Die dogmatische Kontroverse, ob § 216 StGB. ein qualifiziertes Tötungsdelikt oder ein *delictum sui generis* statuiert, bleibt für unsere Erörterung ohne Belang.

<sup>8</sup> Nichtgekrönte Preisschrift über „Die Grundlage der Moral“, § 5 (sämtliche Werke, herausgegeben von *Grisebach*, Band III, S. 506).

<sup>9</sup> Meist mit hegelianischem Mystizismus vorgetragen; klar wohl nur bei *Lion*, a. a. O., S. 463.



digten vorgenommen worden ist, nicht „Körperverletzung“ im Sinne der §§ 223ff. StGB., und zwar deshalb, quia volenti non fit iniuria; also nicht etwa, weil die Einwilligung des „Verletzten“ ein Strafausschließungsgrund sei, sondern weil der Tatbestand der Verletzung nicht vorliegt; weil, wie *Klee* formuliert, nicht „ethische“, sondern nur „physische“ Verletzung vorliegt, „Verletzung“ im Strafrechtssinne aber nur ethische Verletzung bedeuten kann.<sup>10</sup> Im Falle des § 142, 2 StGB. haben wir es hingegen sehr wohl mit einer iniuria zu tun; zwar nicht in volentem, aber in rem publicam: Das (an anderer Stelle gesetzlich festgelegte) subjektive Recht des Staates auf Erfüllung der Wehrpflicht wird verletzt. Der Satz „volenti non fit iniuria“, der überhaupt nur ein analytisches Urteil enthält und daher in der Tat „selbstevident“ ist, gilt auch für die Tötung des Einwilligenden; es fragt sich lediglich, ob durch diese etwa ein subjektives Recht des Staates (oder eines sonstigen Dritten) verletzt wird. Ein Anspruch des Staates auf das Leben der Bürger besteht nicht, wie wir sahen, und darf auch nicht statuiert werden; dagegen werden nun in der Systematik des speziellen Strafrechts vielfach von den Verbrechen gegen den „Staat“ (nämlich gegen ihn als repräsentative, autoritative und administrative Rechtspersönlichkeit) die Verbrechen gegen die „Gesellschaft“ oder die „Allgemeinheit“ abgetrennt, so daß an Stelle der Zweiteilung (in öffentliche und Privatverbrechen) eine Dreiteilung vorgenommen wird. Diese findet sich namentlich bei *v. Jhering*.<sup>11</sup> Gegen diese Einteilung läßt sich einwenden, daß es eine „Gesellschaft“ oder „Allgemeinheit“ faktisch, das heißt als Rechtssubjekt, überhaupt nicht gibt. Es existieren nur: erstens alle Einzelnen, und zweitens der von der Summation der Einzelnen zu Zwecken abdifferenzierte „Staat“. Damit dieser „Staat“ funktioniere, müssen ihm die Einzelnen von ihrer Macht, ihrem Vermögen und ihrer Freiheit einen gewissen Teil veräußern<sup>12</sup>; und die auf diesem Wege dem

<sup>10</sup> A. a. O., Bd. 48, S. 177.

<sup>11</sup> Vgl. „Zweck im Recht“, I. Band, 3. Auflage, 1893, S. 465, 496 ff.

<sup>12</sup> Vgl. *Rousseau*, a. a. O., II, S. 4.

Staate zugefallenen Güter können ihrerseits verletzt, müssen infolgedessen durch das Strafrecht geschützt werden. Die sogenannten gegen die „Gesellschaft“ gerichteten Verbrechen (etwa die im Sprengstoffgesetz inkriminierten Handlungen) richten sich in Wahrheit gegen Einzelne; daß diese Einzelnen mehrere und namentlich unbestimmt sind, ist kein Einwand und zwingt uns durchaus nicht, hegelsierend Begriffe zu Rechtssubjekten zu machen. Dies aber tut man und nichts anderes, wenn man behauptet, es gäbe Verbrechen, die sich gegen die „Allgemeinheit“ richten. Die Ausdrücke „Gesellschaft“ und „Allgemeinheit“ hat die Sprache der Abkürzung halber geschaffen; sie ermöglichen, alle oder viele Einzelwesen in einem Worte zusammenzufassen, sie bezeichnen einen Inbegriff. Während „Staat“ etwas Wirkliches, etwas (durch Organe) Handelndes ist, sind „Gesellschaft“ und „Allgemeinheit“ lediglich methodologische Begriffe, Modi unseres Vorstellens, Figuren unserer Denk-Ökonomie, Symbole. Der „Staat“ hat eine von den Individuen abgesonderte Realität, die „Gesellschaft“ oder „Allgemeinheit“ aber nicht! Diese Disjunktion, die gegenwärtig hervorzuheben ganz besonders vonnöten ist, war schon der Scholastik bekannt. Der Kampf zwischen „Realismus“ und „Nominalismus“ war der typische Kampf mittelalterlicher Philosophie. Aber es nützt nichts, daß vor mehr als einem halben Jahrtausend kluge Köpfe bereits konstatiert haben, daß Universalbegriffe keine Realität besitzen: eine Anzahl moderner Juristen glauben philosophischer Betrachtung entraten zu können, und lassen bequem und gemächlich den Delinquenten „die Rechtsgüter der Gesamtheit verletzen“! — Symbole nun können unmöglich „Interessen“ haben!! Und wenn sie nicht Interessen haben können, dann können ihnen auch nicht Rechtsgüter<sup>13</sup> vin-

<sup>13</sup> Vgl. v. Liszt: „Der Begriff des Rechtsgutes im Strafrecht und in der Enzyklopädie der Rechtswissenschaft“ („Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft“, Bd. VIII, S. 133 ff.), sowie die dort angeführte Literatur.

diziert werden; und wo keine Rechtsgüter sind, da können auch keine verletzt werden. — Ein Schuß Atomismus ist bitter nötig in unserer allzu kollektivistisch auffassenden Zeit; einer Zeit der verstiegensten Milieutheorie; einer Zeit, in welcher der Satz geschrieben und gedruckt werden konnte: „Der größte Irrtum der individualistischen Psychologie ist die Annahme, der Mensch denke“.<sup>14</sup> —

Wenn also mehrere Kriminalisten, konzедierend, daß weder ein Staats- noch ein Einzelinteresse durch die Tötung des Einwilligenden verletzt werde, die Behauptung aufstellen, es litten die Interessen der „Allgemeinheit“ darunter, so können sie naturnotwendig nichts anderes gemeint haben (wenn sie überhaupt etwas gemeint haben, und nicht etwa der *Goethesche* Satz hier Geltung hat: „Denn eben, wo Begriffe fehlen, da stellt ein Wort zur rechten Zeit sich ein“!) als die Interessen aller oder doch vieler Einzelnen. Diese Interessen sind bald materieller, bald ideeller Art.

Was die materiellen anlangt, so ist es zwar richtig, daß häufig durch den Tod eines Menschen eine sich schädigend bemerkbar machende Lücke im sozial-wirtschaftlichen Mechanismus entsteht; allein es geht nicht an, eine Tötungshandlung dieser ökonomischen Wirkungen wegen unter Strafe zu stellen, ohne die schädlichere Tat der Auswanderung oder gewisse Laster gleichfalls zu bestrafen.<sup>15</sup> Überdies wird ein Mensch, der das ernstliche Verlangen hat, getötet zu werden, wohl nur in den seltensten Fällen imstande sein, noch etwas zum materiellen Wohle seiner Mitbrüder zu leisten; er wird ihnen im Gegenteil meistens zur Last fallen; und man braucht nicht einmal Anhänger der „Blonden Bestien“-Moral zu sein, um das, was *David Hume*<sup>16</sup> über den Selbstmörder sagt, auch auf den Fall der Tötung eines Einwilligenden auszudehnen: daß es unter Umständen nicht nur kein Unrecht, sondern eine

<sup>14</sup> Findet sich bei *Gumplowicz*: „Grundriß der Soziologie“, 2. Aufl., 1905, S. 268.

<sup>15</sup> Vgl. S. 24 der Arbeit.

<sup>16</sup> „On suicide and immortality of soul“ (deutsch von *Paulsen*, 1876).

lößliche Handlung sei (also ganz vom Standpunkt der Dritten jetzt betrachtet), jemanden aus der Welt zu schaffen, wenn hierdurch einer Existenz Platz gemacht werde, die der Gesellschaft viel mehr nützen könne.

Überdies müßte man, wie *Keßler*<sup>17</sup> richtig bemerkt, wenn man unter diesem Gesichtswinkel an der Integrität des eigenen Körpers ein rechtlich zu schützendes Interesse der „Allgemeinheit“ statuieren wollte, auch Eingriffe in die Integrität eigener Sachen bestrafen<sup>18</sup>; denn an der Sachintegrität haben mittelbar gleichfalls eine Reihe von Rechtssubjekten hohes Interesse: Gläubiger, des Unterhalts bedürftige Angehörige, Noterben, der steuereinziehende Fiskus. Würden alle diese wirtschaftlichen Nebeninteressen in die Sphäre des Strafrechtsschutzes erhoben werden, so bedeutete dies einen derartig enormen Zuwachs der Sozialisierung, Verunselbständigung, Entmündigung der Persönlichkeit, ein so beispiellooses Anschwellen der Pönalnormen, daß von einer individuellen Freiheit kaum noch ein schwacher Schatten übrigbliebe. Eine solche Pönalisierung des Daseins hat ja auch noch niemand gefordert. Zöge man aber selbst diese Konsequenzen, so ließe sich immer noch nicht einsehen, worin der relevante Unterschied bestehe zwischen der Tötung des Einwilligenden und der Beihilfe zum Selbstmord; denn eine mittelbare Schädigung materieller Interessen kann es hier wie dort geben.

Da greifen nun die à tout prix-Verteidiger des § 216 zum letzten Mittel: sie stellen eine Verletzung der ideellen Interessen der „Allgemeinheit“ fest. Das läuft am Ende wieder auf die Sittlichkeit hinaus. Wo es diesen Gelehrten

<sup>17</sup> A. a. O., S. 66—67.

<sup>18</sup> Beschädigung eigener Sachen ist durchweg straflos; § 304 StGB. bildet nur scheinbar eine Ausnahme; denn nicht die Beschädigung des Eigentums, sondern die Beschädigung einer (zwar möglicherweise privatrechtlich im Eigentum des einzelnen stehenden) ihren ideellen Qualitäten nach aber überpersönlichen, der Gemeinschaft heiligen Sache wird hier mit Strafe bedroht; geschützt wird nicht der Gegenstand, sondern die Religion.

in das System paßt, die Moral vom Recht zu trennen, da werden sie flugs Indifferenztheoretiker oder überhaupt anti-philosophisch; wo es aber gilt, eine unhaltbare These, koste es, was es wolle, zu retten, da kommt es ihnen nicht weiter darauf an, die hartherzig verstoßene Moral liebevoll wieder zurückzurufen. Sie hat zu verführerische Reize. Und wenn *Nietzsche* die Moral als die „Circe der Philosophen“ bezeichnet hat<sup>19</sup>, so kann man sie auch die Circe der Strafrechtler nennen!

Sie verführt sogar zu versteckten Widersprüchen! So bei *Hälschner*. Dieser hatte, wie wir sahen, den Selbstmord zwar für unsittlich erklärt, aber darum nicht für rechtswidrig, sondern für rechtlich indifferent. Einige Seiten später<sup>20</sup> schreibt er: „Die Beschädigung des Lebens, der Gesundheit, Freiheit und Ehre des anderen ist in allen Fällen nicht nur nicht eine berechnete, sondern auch rechtswidrige und als solche strafbare“. Er begründet diese These damit, daß die Menschen zueinander „niemals nur in einem sittlichen, sondern notwendig in einem rechtlichen Verhältnisse“ stehen. Eine bestürzende Entdeckung! Freundschaft, Liebe, Haß: alles „notwendig rechtliche“ Verhältnisse!! — Richtig ist daran doch nur: daß Rechtsrelationen lediglich zwischen zwei oder mehr Personen, niemals zu sich selber möglich sind. Wenn nun das rein Unsittliche rechtlich indifferent sein soll und andererseits ein Recht des Getöteten durch die Tötung nicht verletzt worden ist (da ja kein Interesse des Getöteten verletzt worden ist), so kann begriffsnotwendig die Rechtswidrigkeit und Strafbarkeit der Tötung des Einwilligenden allein aus der unsittlichen Natur der Lebensveräußerung gefolgert werden. Durch die überraschend-willkürliche und sehr absonderliche Behauptung, jede soziologische Beziehung falle notwendig unter die Kategorie des Rechts, wird die moralistische Strafmotivation und die in folgedessen begangene Inkonsequenz nur verschleiert.

Nun fragt sich *Hälschner*, ob jene miraculösen „Wesens-

<sup>19</sup> „Morgenröte“, a. a. O., Bd. IV, S. 5. — <sup>20</sup> A. a. O., S. 471.

bestimmtheiten der menschlichen Persönlichkeit“ wirklich „rechtlich unveräußerlich“ seien. Er denkt an den Arzt, der mit Einwilligung des Patienten in dessen Körperintegrität eingreift. Da entsteht nun plötzlich die „sittliche Pflicht“ des Kranken, „zum Zwecke der Erhaltung seines Lebens sich solcher Behandlung zu unterwerfen“ und „dem Arzt das Recht zu ihrer Vornahme zu übertragen“. — Die Tätigkeit A sei unsittlich, die Tätigkeit B sei sittlich. Sittlichkeit = Selbsterhaltung! Als ob dies das glücklich erzielte Ergebnis einer zweieinhalb Jahrtausende währenden Moralphilosophie darstellte. *Hälschner* äußert diese ethischen Werturteile, ohne sie zu begründen; man hat das einfach als Dogma hinzunehmen. — Nun lassen sich vielfach Leute operieren, nicht weil Lebensgefahr vorliegt, sondern um schmerzhaften (aber durchaus nicht tödlichen) Leiden ein Ende zu bereiten; zuweilen auch gar nicht einmal aus gesundheitlichen, sondern aus kosmetischen Gründen (Transplantation, Nasenveredelung); diese Operationen wären nach *Hälschner* unsittlich, da sie nicht dem Zwecke der Erhaltung des Lebens dienen; nach *Guderian* wären sie erst recht unsittlich, da sie der Christenpflicht des Duldens strikt zuwiderlaufen. Folglich müßte *Hälschner* solche Operationen für rechtswidrig erklären. Der Einwand, ein Stück Fleisch, ein Nasenbein oder ein hohler Zahn seien nicht „Wesensbestimmtheiten der menschlichen Persönlichkeit“, ist hinfällig; denn wo sollte die Grenze gezogen werden? — Sich des Lebens zu entäußern, sich gewisser Körperteile zu entäußern, sei unsittlich; sich gewisser anderer Körperteile zu entäußern, sei sittliche Pflicht: da gerät ein Unbefangener unwillkürlich auf die Frage, welche Instanz denn eigentlich auf diesem Planeten festzusetzen habe, was „sittliche Pflicht“ sei! Denn die Gelehrten sind sich darüber annoch nicht einig . . . . .

Mit denselben Gedanken, aber doch folgerichtig, argumentiert *Berner*. Er spricht von der „Verzichtbarkeit der Rechte“ und schreibt: „Man darf . . . nicht verzichten

auf solche Privatrechte, welche eine Bedingung der sittlichen Natur des Menschen bilden. Die persönliche Freiheit z. B., obwohl ein Privatrecht, ist unveräußerlich, der Verkauf der eigenen Person in die Sklaverei nichtig, weil die Freiheit wesentlich zur sittlichen Natur des Menschen gehört.“ Wie mit der Freiheit, so verhalte es sich mit dem Leben; und „da das Leben ein unveräußerliches Recht ist, so bleibt die Tötung eines Einwilligenden strafbar“.<sup>21</sup> Hiergegen muß zunächst erinnert werden, daß Zivilunrecht nicht Kriminalunrecht ist: der Verkauf der eigenen Person in die Sklaverei ist zwar nichtig, aber nicht strafbar. Sodann wird der vage Begriff „Bedingung der sittlichen Natur des Menschen“ unerläutert hingesezt. Der Leser bleibt in Unkenntnis darüber, was er sich unter „Bedingung“, was unter „sittlicher Natur“, was unter „dem Menschen“ vorzustellen habe. Gibt es denn den Menschen? Es gibt nur die Menschen. Zum mindesten ist es doch irrtümlich, zu behaupten, die Sklaverei widerspreche der sittlichen Natur des Menschen: die Kulturen von Hellas und Rom waren der unseren in vielem überlegen und empfanden die Sklaverei als eine moralische Selbstverständlichkeit.

Dieses Jonglieren mit den Begriffen der „veräußerlichen“ und „unveräußerlichen“ Rechtsgüter ist ohne wissenschaftlichen Wert; es handelt sich bei diesen Deduktionen um höchst subjektive Urteile, es dreht sich alles um ganz willkürliche Behauptungen, um freischwebende Dogmata. Wenn der Begriff der Unveräußerlichkeit überhaupt einen Sinn haben soll, so muß man ihn ins Vertragsrecht hinüberretten. Wie schon *v. Wächter* bemerkt<sup>22</sup>, bedeutet „unveräußerlich“ nur, daß der Dritte kein dauerndes Recht auf die Verletzung des Einwilligenden habe. Dies

<sup>21</sup> A. a. O., S. 97—99. — Ebenso *v. Liszt* in der „Vergleichenden Darstellung“, V, 137: „Bei der Prüfung der Frage ist davon auszugehen, daß das Leben nicht zu den veräußerlichen Gütern gehört“. Dieser Satz enthält entweder eine Durcheinanderwirrung privatrechtlicher und strafrechtlicher Begriffe, oder er spricht ein Dogma aus, das der Begründung entbehrt. Vgl. die im Text folgenden Darlegungen.

<sup>22</sup> „Volenti non fit iniuria“ (Gerichtssaal, 1868), S. 2—3.

rührt aber nicht daher, daß durch eine faktische Veräußerung der Rechtsgüter des Lebens, der Gesundheit usw. der „vernünftige Mensch“ als solcher zu existieren aufhören würde und das Individuum dann nicht mehr ein „Vehikul des Sittengesetzes“<sup>23</sup> wäre; vielmehr daher, daß die Befugnis, welche dem Berechtigten durch den Vertrag entsteht, eine zu starke Verneinung fremden Willens (Individual-Willens!) involviert. Im Falle der *laesio enormis* besteht Rücktrittsrecht.<sup>24</sup>

Nun erhält die Unveräußerlichkeits-Theorie ja nur dann einen Wert in diesem Gedankengang, wenn ihr das Mäntelchen der Verletzung eines Interesses umgehängt wird. Und zwar notgedrungen eines ideellen Interesses der Allgemeinheit. So geschieht's in der Tat bei *Lion* und *Berner*. „Willigt jemand darein — sagt *Lion*<sup>25</sup> — getötet zu werden, so macht sich der Einwilligende einer Unsittlichkeit schuldig . . . . Andererseits begeht der Tötende ebenfalls eine Unsittlichkeit; er begeht überdies eine Rechtsverletzung, insofern er den allgemeinen Willen verletzt, welcher das Leben für unveräußerlich oder, wenn man lieber will, underelinquierbar erklärt.“ Und *Berner* schreibt<sup>26</sup>: „Die Gesetze zum Schutze des Lebens sind im öffentlichen Interesse gegeben, und die Tötung eines Einwilligenden bleibt eine Verletzung des allgemeinen Willens, obwohl sie den besonderen Willen des Betroffenen nicht verletzt“.

An sich kann in der Tat auch die Verletzung ideeller Interessen (also etwa eines Willens) strafwürdig sein; des-

<sup>23</sup> Ausdruck des gealterten *Fichte*; entspricht dem „Kant II“ (dem der „praktischen Vernunft“); rezipiert von *Hegel*; durch ihn auf die Juristen weiterwirkend; geistreich verspottet von *Klee*, a. a. O., Bd. 48, S. 188, 196.

<sup>24</sup> Rätselhaft bleibt *Ortmann* („Über Verletzung, insbesondere Tötung eines Einwilligenden“, *Goldt. Archiv*, Bd. 25), der auf Seite 109 einräumt, daß ein Rechtsverbrechen nicht vorliegt, wenn der Einwilligende seine Einwilligung nicht widerrufen hat, — aber auf Seite 117 behauptet, daß „das dermalen geltende Recht mit dem hier verteidigten Resultate übereinstimmt“.

<sup>25</sup> A. a. O., S. 462. — <sup>26</sup> A. a. O., S. 99.



gleichen ist es richtig, daß das „volenti non fit iniuria“ nicht die Injurie gegen einen andern als den volens ausschließt; hingegen fragt es sich, was es denn mit dem „allgemeinen Willen“ für eine Bewandnis habe. Untersuchen wir diesen „allgemeinen Willen“ zunächst seinem Inhalt und dann seiner Form (seinem Begriffe) nach.

Geht wirklich der „allgemeine Wille“ dahin, daß Menschen nicht auf ihr Verlangen getötet werden sollen? Für diese Behauptung bringen die Autoren auch nicht den Schatten eines Beweises. Dürfte nicht der „allgemeine Wille“ in einem Zeitalter humanitärer Bestrebungen, des Mitleids, des „praktischen Christentums“ eher dahin gehen, daß es dem Freunde gestattet sei, den im Felde schwer verwundeten und unter entsetzlichen Qualen dem unausbleiblichen, wenn auch erst langsam herannahenden Tode entgegenzähenden Freund auf dessen eindringliche Bitten und Beschwörungen hin von seiner namenlosen Pein zu befreien; oder dem Arzt, seinem physisch oder psychisch schwer leidenden, womöglich an unheilbarer Krankheit leidenden Mitmenschen auf sein ausdrückliches ernstes Verlangen eine erlösende Dosis Gift zu geben? Sollte der „allgemeine Wille“ nicht sogar dahin gehen, daß Freund und Arzt hierzu menschlich verpflichtet seien? Sollte solche Tat, die vielleicht mit stärkster Überwindung ausgeführt worden ist, nicht bei vielen als eine in hohem Maße sittliche Tat angesehen werden? — Man wird erwidern: dergleichen lasse sich nicht feststellen. Gut! Aber das Gegenteil läßt sich ebensowenig feststellen.

Nun ist's aber überhaupt ein heikles Beginnen, mit dem Begriff des „allgemeinen Willens“ zu operieren. Wir sahen: die „Allgemeinheit“ ist nichts als ein aus sozusagen sprach-ökonomischen Gründen eingeführter Begriff und hat keine transindividuelle Realität wie der Staat; kann sie also einen Willen haben? Interessen? Überhaupt psychische Funktionen? Und was wäre „allgemeiner Wille“ anderes als „Wille der Allgemeinheit“? — In der Tat: etwas außerhalb der Einzelwillen Bestehendes, über den

Geistern Schwebendes, von dem Individualbewußtsein Getrenntes, Herausgehobenes, Abstrahiertes anzunehmen, ist, wie *Tarde*, der große französische Soziologe, einmal sagt<sup>27</sup>, „une conception mystérieuse“; der Sinn, den man mit dieser Annahme dem Worte „allgemeiner Wille“ beilege, „un sens chimérique qu'il importe avant tout d'écarter“. Selbst *Gumplowicz* schreibt<sup>28</sup>: „Ein allgemeiner Wille, ein Gesamtwille, wie die Juristen sagen, ist eine Phantasmagorie“. Gäbe es einen „allgemeinen Willen“, so könnte er nichts anderes bedeuten als den Willen aller; da aber alle erfahrungsgemäß niemals den gleichen Willen haben und eine arithmetische Ausrechnung des Gesamtwillens psychologisch unhaltbar wäre<sup>29</sup>, so bleibt schließlich nur die Möglichkeit — wenn man durchaus den Terminus „allgemeiner Wille“ retten will —, darunter den identischen Willen der Vielen zu verstehen. Ganz abgesehen von dem Problem des intellektuellen Wertes des Majoritätsprinzips bleibt dann die Frage, wie dieser Wille festgestellt werden soll, eine offene. Etwa durch ein Plebiszit, ein Referendum?<sup>30</sup> — Wer diese begriffliche Analyse gemacht hat, dem erscheint es fast unbegreiflich, daß *Lion* unbekümmert den Satz aufstellt: der allgemeine Wille erkläre das Leben für unveräußerlich. Ein imaginäres Gebilde wird da als Strohmann hingesetzt, die Verantwortung zu tragen für den Abersinn einer juristischen These. Im günstigsten Fall ist *Lions* Beweisführung indes ein *circulus vitiosus*. Denn wenn man bedenkt, daß *Lion* seine vermeintlichen Kenntnisse über den „allgemeinen Willen“ ja am Ende bloß aus dem positiven Recht hat schöpfen können, so ergibt sich folgendes: er fordert die Gesetzgebung auf, die Tötung des Einwilligenden zu bestrafen,

<sup>27</sup> „L'opinion et la Foule“, Paris 1901, avant-propos.

<sup>28</sup> „Allgemeines Staatsrecht“, 1897, S. 312.

<sup>29</sup> *Rousseau* will den „allgemeinen Willen“ in der Art auffinden, als arithmetisches Mittel aus sämtlichen Einzelwillen (a. a. O., Buch II, Kap. 3); es scheint, als ob alle Irrtümer seiner politischen Philosophie sich auf diesen Grundirrtum zurückführen lassen.

<sup>30</sup> Vgl. S. 84 ff. der Arbeit.

weil der allgemeine Wille das Leben für unveräußerlich halte; daß der allgemeine Wille aber das Leben für unveräußerlich halte, entnimmt er eben der Gesetzgebung. So hätten wir hier wieder einmal den Ur- und Erz-Trugschluß des Historismus, die *lex ferenda* motiviert mit der *lex lata*, jene Perspektive, die eine Normenkritik überhaupt unmöglich macht.—

Wie *Keßler* meint<sup>31</sup>, erklärt sich die Tatsache, daß *Lion*, *Berner*, *Hülschner* und viele der Jüngeren am § 216 StGB. festhalten, aus einer Verwirrung der Begriffe „Güterschutz“ und „Interessenschutz“. Er behauptet, sie sähen nicht, daß „Rechtsgut“ eine Breviloquenz ist, und definierten es in *Binding* scher Art als „Gut des objektiven Rechtes“. Diese Kritik deckt sich mit der unseren; denn das „Gut des objektiven Rechtes“ kann ja nur aus dem (bereits bestehenden) objektiven Rechte hergeleitet werden. Und wir müssen *Keßler* beipflichten, wenn er schreibt: „Will man in einem konkreten Fall das Eintreten des Rechtsschutzes behaupten, so hat man ein solches (nämlich irgendein menschliches) Interesse nachzuweisen. Dieses Erfordernis hat man gerade bei unserer Streitfrage in unbewußter Selbsttäuschung dadurch umgangen, daß man das Menschenleben, die Körperintegrität, die menschliche Freiheit usw. für Rechtsgüter an sich erklärte, und somit den Strafschutz für sie unter allen Umständen in Anspruch nahm, ohne sich um die Frage zu kümmern, ob denn auch wirklich in jedem Falle ein vom Rechte als schutzwürdig anerkanntes Interesse an diesen Gütern vorliege.“<sup>32</sup> Und — vielleicht paradox, aber durchaus richtig bemerkt *Keßler*, daß die Körperintegrität des Menschen an sich ebensowenig wie die des Tiers durch das Recht geschützt werde; „nur ein Schutz der Interessen, die sich an beide knüpfen, findet statt“.

Wenn durch diese Betrachtungen vielleicht die Stellungnahme *Lions*, *Berners*, *Bindings*, *Guderians* erklärt wird,

<sup>31</sup> A. a. O., S. 56 ff.

<sup>32</sup> Vgl. *Klee*, a. a. O., Bd. 48, S. 199—201; er gibt hier eine knappe Kritik der (uns nicht näher interessierenden) Normentheorie und kommt zu dem Resultat, daß diese nur dann Berechtigung hat, wenn „das positive Recht selbst Subjekt eines Interesses“ ist.

so bleibt die Inkonsequenz eines so bedeutenden Juristen wie *Hälschner* auch weiterhin ein psychologisches Rätsel, und besonders auch die Nervosität, mit der sich gerade die neuesten Kriminalisten<sup>33</sup> hier hinter dem positiven Recht verschanzen. Die Erklärung hierfür dürfte uns die praktische Sprachkritik geben.

Das vornehmste aller rechtlich geschützten Güter ist das Leben. Die Verletzung dieses Rechtsgutes (das heißt der an dieses Gut geknüpften Interessen) ist besonders streng zu ahnden. Für diese Verletzung besitzt die Sprache das Wort „Tötung“; die juristische Terminologie hat sich der Laiensprache angeschlossen. Die Verletzung des Lebensgutes kann Mord oder Totschlag, kann vorsätzliche oder fahrlässige, kann einfache oder qualifizierte Tötung sein: immer wird sie „Tötung“ sein. Und man hat daher unbewußt „Verletzung des Lebensgutes“ mit „Tötung“ identifiziert. Hier ist der springende Punkt. Diese Identifizierung ist eine irrtümliche. Denn „Tötung“ ist der weitere Begriff. „Tötung“ heißt lediglich die Handlung, die darin besteht, etwas Lebendiges tot zu machen. „Tötung“ kann auch an einem Tiere (mithin: einer Sache) geschehen. „Tötung“ ist zwar stets eine „physische“, aber keineswegs immer eine „ethische“ Verletzung. Jede Verletzung des Lebensgutes ist „Tötung“; aber nicht jede „Tötung“ ist Verletzung des Lebensgutes. Dies zeigt sich eben am Beispiel der Tötung des Einwilligenden, weswegen *Keßler* mit Recht dem Ausdruck „Einwilligung des Verletzten“ den

<sup>33</sup> So *Finger* („Lehrbuch des Deutschen Strafrechts“, I, 1904, S. 414): „Einzelne Verbrechen werden straflos, wenn sie mit Einwilligung gewisser Personen vorgenommen werden. Welche Handlungen hierher gehören, kann nur vom Standpunkte der einzelnen Gesetzgebung beantwortet werden — allgemein bindende Grundsätze lassen sich nicht aufstellen.“ — Ähnlich v. *Liszt* (Lehrbuch, S. 155): „Die Rechtsordnung versagt die Verfügungsgewalt, wenn sie dem betreffenden Rechtsgute eine über die Person seines Trägers hinausreichende Bedeutung beilegt. . . . Verfehlt ist es, hier allgemeine Grundsätze aufstellen zu wollen“. So kommt es, daß die monographischen Arbeiten über den § 216 fast ausschließlich historisch-dogmatisch sind!

Ausdruck „Einwilligung des Berechtigten“ vorzieht. Da nun aber infolge der permanenten engen psychologischen Verknüpftheit der Vorstellung „Tötung“ mit der Vorstellung „Verletzung des Lebensgutes“ dem Worte „Tötung“ ein Aroma des scharf Rechtswidrigen, des durchaus Antimenschlichen, des völlig Verwerflichen anhaftete, so geriet man in das Gefühl der absoluten Strafwürdigkeit jeder Handlung, die „Tötung“ ist. Der Begriff der „Tötung“ löste sich von seinen verschiedenen Inhalten gänzlich ab und verband sich in seiner abstrakten Schaurigkeit, in seiner schaurigen Abstraktheit mit einem über jede Diskussion erhabenen Unwert-Urteil.<sup>34</sup> Daß „Tötung“ jedenfalls zu strafen sei, wurde so zu einem Dogma. Als nun zuerst jemand sich unterfing, sich diesem Dogma kritisch zu nahen, war man bereits so sehr daran gewöhnt, war es einem bereits derartig in Fleisch und Blut übergegangen, daß man den dunklen Drang empfand, es — aller rationalistischen Zersetzung zum Trotz — beizubehalten, und man log sich (da der dunkle Drang kein Bürgerrecht in der Wissenschaft hat) Gründe vor, um derenthalben es bestehen sollte. „Und so macht man es innerhalb jeder herrschenden Moral und Religion (scil.: und jedes herrschenden Rechts) und hat es von jeher gemacht: die Gründe und die Absichten hinter der Gewohnheit werden immer zu ihr erst hinzugelogen, wenn einige anfangen, die Gewohnheit zu bestreiten und nach Gründen und Absichten zu fragen. Hier steckt die große Unehrllichkeit der Konservativen aller Zeiten: — es sind die Hinzu-Lügner.“<sup>35</sup>

Nur dieser sprachkritisch und sozusagen gesetzgeberpsychologisch recht interessante Vorgang erklärt die geringe Folgerichtigkeit, die darin liegt, daß Beihilfe zum Selbstmord bei uns straflos, die Tötung auf ausdrückliches ernst-

<sup>34</sup> Auf diese Weise erklärt sich (beiläufig) wohl auch die törichte Entrüstung vieler Leute über das Töten kleiner Tiere (Fliegen, Käfer usw.) und über die Vivisektion.

<sup>35</sup> Nietzsche: „Die fröhliche Wissenschaft“, a. a. O., Bd. V, Aphorisma 29.

liches Verlangen strafbar ist; und nur er erklärt letzten Endes das furchtsame Verhalten in der Doktrin. —

Zur Bekräftigung aller wissenschaftlichen Gründe, die wir für die Beseitigung des § 216 StGB.<sup>36</sup> ins Treffen geführt haben, verweisen wir kurz auf die vortreffliche Kasuistik, die *Mittermaier*<sup>37</sup> der Ältere gibt; eine Kasuistik, die allerdings der Ansicht des Verfassers spottet; dieser nämlich will — aus ganz äußerlichen, typisch „formaljuristischen“ Motiven: weil „der Getötete nur passiv“ sei — die Beihilfe zum Selbstmord streng von der Tötung des Einwilligenden trennen. Aber gerade die Fälle, die er anführt, lassen die prinzipielle Gleichheit beider Tatbestände augenfällig werden, und man muß *Wellauer*<sup>38</sup> vollauf recht geben, wenn er entrüstet ausruft: „. . . soll man deshalb, weil man die Pistole selbst abdrückte, für wenigstens drei Jahre ins Gefängnis kommen, im zweiten Fall, wo man sich diese Mühe des Abdrückens erspart und dies dem andern überläßt, straflos ausgehen?“

Wir meinen: In beiden Fällen soll man straflos ausgehen. Denn nach den unser Rechtssystem sonst beherrschenden Grundsätzen kommt es weder hier noch dort dem Staate zu, dem Individuum das Recht über sich selbst abzusprechen.<sup>39</sup> —

Hieraus ergibt sich auch die Stellung, die unseres Erachtens der Staat zum Duell einnehmen sollte.<sup>40</sup> Der

<sup>36</sup> „Beseitigung“ ist ungenau; der Paragraph muß natürlich durch einen neuen ersetzt werden, welcher die alten Tatbestandsmerkmale für straffausschließend erklärt.

<sup>37</sup> „Die Beihilfe zum Selbstmord und die Tötung eines Einwilligenden etc.“ (*Goltdammers* Archiv, Bd. IX, 1861, S. 433 ff.)

<sup>38</sup> A. a. O., S. 88—89.

<sup>39</sup> Naiv ist der Einwand, im Falle der Strafflosigkeit der Tötung auf Verlangen werde sich jeder gemeine Mörder auf diesen Rechtsatz berufen. — Prozessuale Schwierigkeiten dürfen nicht maßgebend sein; erstens wird der auf Verlangen Tötende sich Zeugen, einen Brief des Verlangenden oder anderes Beweismaterial zu verschaffen wissen, und zweitens bestehen diese Schwierigkeiten ja auch nach geltendem Recht!

<sup>40</sup> Auf die Details einzugehen, verbietet der Rahmen dieser Arbeit. — Vgl. nur §§ 201 ff. StGB.

Zweikampf mit tödlichen Waffen ist „der Kampf zweier Personen unter Einwilligung eines jeden in die Angriffshandlungen des anderen“.<sup>41</sup> Sobald die Angriffshandlungen inkomentmäßig werden, fallen sie selbstverständlich nicht mehr unter die Einwilligung und können, je nach Lage der Dinge, den Tatbestand der fahrlässigen oder vorsätzlichen Körperverletzung oder Tötung bilden. Dasselbe gilt, wenn einer der Duellanten unter einem Zwange gehandelt hat. Andernfalls aber muß der Zweikampf als eine keinerlei rechtlich zu schützendes Interesse verletzende Ausübungsart der individuellen Befugnis der freien Disposition über sich selbst straflos bleiben; sogar der Zweikampf mit tödlichem Ausgange; denn dort liegt gleichsam ein consensus eventualis des Getöteten vor. — In einem Punkte, hat man allerdings behauptet, unterscheide sich das Duell wesentlich von der Verletzung des Einwilligenden. Die Duellanten lassen nämlich ihren Streit, indem sie ihn selber ausfechten, nicht durch die Gerichte entscheiden, und das sei ein Eingriff in die Justizhoheit des Staates; es werde mithin das Interesse des Staates am Judizieren verletzt. Wie lächerlich dieser Motivationsversuch ist, zeigt schlagend *v. Jhering*<sup>42</sup> mit den Worten: „Täten sie es (den Streit ausfechten) statt mit tödlichen Waffen mit Stöcken oder Wasserspritzen oder mittelst eines Zweikampfes im Laufen, so würde niemand darin etwas Strafwürdiges erblicken“. — Weit davon entfernt, das Duell gutheißen zu wollen, das wir vom ästhetischen Gesichtspunkt für eine ziemlich rohe, vom intellektuellen für eine ziemlich alberne Institution halten, müssen wir es doch als die Grenzen der Wirksamkeit des Staates erheblich überschreitend ansehen, wenn er seinen Mitgliedern, solange sie damit nicht in den Rechtskreis anderer eingreifen, das Recht auf Roheit und Albernheit, das Recht auf ästhetische und intellektuelle Minderwertigkeit wegnimmt. Es steht nach den allgemeinen Prinzipien der rechtlichen Ordnung dem Staat nicht zu, jemanden daran zu hindern, dumm zu sein und danach zu

<sup>41</sup> *Keßler*, a. a. O., S. 88. — <sup>42</sup> „Zweck im Recht“, I, 502.

handeln. Nur in einer einzigen Perspektive erscheint ein strafrechtliches Reagieren auf das Duell als gerechtfertigt, ja als wünschenswert: wenn es gilt, den Druck der Sitte<sup>43</sup> zu brechen. Möglicherweise duellieren sich die Leute vielfach nur deshalb, weil sie befürchten, im Falle der Weigerung gesellschaftlich oder gar wirtschaftlich boykottiert zu werden. Eine derartige Disposition über den eigenen Körper wäre dann keine freie, sondern eine notgedrungene, und es würden hier in der Tat rechtlich geschützte Interessen (nämlich das rechtlich geschützte Interesse an der körperlichen Integrität oder am Leben) verletzt werden. Der Fall gliche prinzipiell dem Falle der Tötung eines Genötigt-Einwilligenden. Hier dürfte es aber angebracht sein, anstatt des Zweikampfes lieber Verrufserklärungen und ähnliches unter Strafe zu stellen; denn wenn man den Zweikampf generell bestraft, so werden ja auch die Fälle von der Pönalnorm berührt, in denen beide Kontrahenten aus völlig freiem Wunsche einander gegenübergetreten sind.

---

## VII.

### Strafbarer Heterosexualverkehr, insbesondere Inzest.

Unsere ganzen Betrachtungen lassen sich etwa auffassen als Arabesken um den Satz des *John Stuart Mill*, in welchem er das *ius puniendi* des Staates gegenüber solchen Handlungen negiert, die nur Interessen des Täters berühren oder die anderer mit deren Zustimmung.<sup>1</sup> Wenn irgendwo die deutsche Strafgesetzgebung diesem Satz strikt zuwiderläuft, so auf dem Gebiete der „Sittlichkeits“-Delikte. Auf Kosten der persönlichen Freiheit werden da seltsame

---

<sup>43</sup> Den sogenannten „moralischen“ Zwang; die absonderliche Tatsache, daß das persönlichste aller Gefühle, das „Ehrgefühl“, zu einem für ganze Gruppen geltenden Ethos objektiviert wird.

<sup>1</sup> „Über Freiheit“, Kap. IV. (Reclam S. 105.) Übersetzt v. *David Haek*.



irrationale Größen, wie etwa neuerdings das „Schamgefühl“, strafrechtlich geschützt. Indessen dürfen wir hier nur die Tatbestände behandeln, in denen das Individuum über sich selbst disponiert. Hierzu gehören allerdings auch die Fälle, wo zwei Individuen gegenseitig übereinander verfügen; denn „Handlungen, die mit gegenseitiger Einwilligung vorgenommen werden, sind völlig denjenigen gleich, welche ein Mensch für sich, ohne unmittelbare Beziehung auf andere ausübt“. Dies sagt *Wilhelm von Humboldt* in den „Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen“<sup>2</sup>, seinem Jugendwerke, welches sehr genial, sehr unhistorisch und sehr wenig bekannt ist und aus diesen drei Gründen gemeinhin für „überwunden“ gilt! —

Daß Kinderschändung, Verführung und sexuelle Nötigung (§§ 176, 3, 182, 176, 1, 2, 177) auszuschalten sind, legten wir bereits oben<sup>3</sup> dar. Uns interessieren hier lediglich die freiwilligen geschlechtlichen Vereinigungen zweier voll-willensfähiger Menschen. Der Geschlechtsverkehr zwischen Mann und Weib wird bei uns — wie in der gesamten okzidentalen Kultur — durch die monogamische<sup>4</sup> Ehe staatlich sanktioniert. Innerhalb dieser herrscht Freiheit. Weder ein Maximum noch ein Minimum von Begattungen ist vorgeschrieben; letzteres im Gegensatz zum augusteischen Recht, das zwar nicht eigentlich pönal reagierte, aber, wenn jenes Minimum nicht innegehalten war, doch zu so empfindlichen zivilistischen Maßnahmen schritt, daß von einer „Strafe“ mit Fug geredet werden kann.<sup>5</sup> Das deutsche

<sup>2</sup> S. 133 der Reclamschen Ausgabe.

<sup>3</sup> S. 9 der Arbeit.

<sup>4</sup> Bigamie und Ehebruch, als Eingriffe in fremde Rechtssphären, fallen nicht unter unser Thema. — Vgl. S. 8—9 der Arbeit.

<sup>5</sup> In den *leges Juliae de maritandis ordinibus* (4 p. Chr. nat.) und *Papia Poppaea* (9 p. Chr. nat.) wurden nicht nur auf die Eheschließung als solche, sondern sogar auf die Kindererzeugung Prämien gesetzt. Kinderlose (*orbi*) waren zu einem Teil erwerbsunfähig aus einem Testament (*incapaces*); damit eine Frau aus einem Testament das Ganze erwerben konnte, mußte sie das „*ius trium vel quattuor*

Recht kennt derartige publizistische Nötigungen nicht; die Möglichkeit des ehelichen Geschlechtsverkehrs wird durch gewisse Bestimmungen über die Eingehung der Ehe sogar eingeschränkt. Nach § 1303, Abs. 1 BGB. darf ein Mann nicht vor dem Eintritt der Volljährigkeit, eine Frau nicht vor der Vollendung des 16. Lebensjahres heiraten.<sup>6</sup> Unser Recht setzt also für die Ehe ein Altersminimum<sup>7</sup> fest: man darf wohl darauf aufmerksam machen, daß es ein Altersmaximum nicht statuiert; wofür sich, im Hinblick auf die Nachkommenschaft, gewichtige individual- und sozialhygienische Argumente anführen ließen.

Wesentlich anders steht das positive Recht zum außerehelichen Geschlechtsverkehr. Während es ihn jahrhundertlang — unter dem Einfluß der kirchlichen Moralanschauungen — als „Sünde“ verdammt, widmet es ihm heutzutage grundsätzlich seine Aufmerksamkeit nur, soweit dabei in den Rechtskreis einzelner verletzend eingegriffen wird.<sup>8</sup> Das stuprum (der nicht erschwerte, einfache außereheliche Geschlechtsverkehr), die fornicatio (die Hurerei) und der concubinatus (das dauernde uneheliche Zusammenleben, die „wilde Ehe“) unterliegen nach geltendem deutschen Recht einer Bestrafung nicht mehr; die Bestimmung nämlich gegen die gewerbsmäßige Unzucht, § 361 e StGB., verfolgt lediglich sitten- und gesundheitspolizeiliche, also sanitäre Zwecke; und die Strafdrohung wegen Konkubinats, die sich in einigen partikularen Straf-

---

liberorum“ haben; andererseits wurde sie, falls sie — als ingenua — drei, — als liberta — vier Kinder geboren hatte, von der Geschlechtsvormundschaft befreit. — Noch schärfere Maßregeln ergriff Ludwig XIV. in Kanada, um eine rasche Vermehrung der Bevölkerung zu erzielen. . . Vgl. *Sohm*: „Institutionen“, 12. Aufl. 1905, S. 471, und *v. Jhering*: „Zweck im Recht“, I, S. 456.

<sup>6</sup> Laut Abs. 2 kann einer Frau allerdings Befreiung von dieser Vorschrift bewilligt werden.

<sup>7</sup> Der Vollständigkeit halber sei an dieser Stelle erwähnt, daß nach MilStGB. § 150 den Offizieren das Heiraten ohne Erlaubnis bei Festungsstrafe verboten ist.

<sup>8</sup> Vgl., auch für das Folgende, *v. Liszt*, Lehrbuch, S. 363—367.

gesetzbüchern findet, diese amüsante Fossilie aus dem Mittelalter, ist bedeutungslos, da sie „Materien“ betrifft, „welche Gegenstand des Strafgesetzbuchs für das Deutsche Reich sind“.<sup>9</sup>

Der Grundsatz, das Recht über sich selbst dem Individuum auf sexuellem Gebiet einzuräumen, wird aber leider vielfach durchbrochen. Während der außereheliche Geschlechtsverkehr selbst straffrei ist, hat man die Teilnahme an ihm zu einem delictum sui generis erhoben und, sofern sie gewohnheitsmäßig oder aus Eigennutz geschieht, als Kuppelei der Bestrafung unterworfen (§ 180 StGB.); aber selbst, wenn diese Teilnahme — die „Vermittlung“ oder die „Gewährung oder Verschaffung von Gelegenheit“ — weder gewohnheitsmäßig noch aus Eigennutz betrieben wird, ist sie in einigen Fällen strafbar, und zwar mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren; nicht nur, wenn „hinterlistige Kunstgriffe angewendet werden“ (§ 181, 1), sondern auch, wenn „der Schuldige zu der verkuppelten Person in dem Verhältnisse des Ehemanns zur Ehefrau, von Eltern zu Kindern (von Vormündern zu Pflegebefohlenen, von Geistlichen, Lehrern oder Erziehern zu den von ihnen zu unterrichtenden oder zu erziehenden Personen), steht“ (§ 182, 2). Irrtümlich ist die Ansicht, hier walte im wesentlichen die Tendenz des Schutzes kindlich Unerfahrener und jugendlich Leichtsinziger vor; denn wie das Reichsgericht, der *lex lata* durchaus adäquat, entschieden hat<sup>10</sup>, macht sich auch die Mutter, die (weder gewohnheitsmäßig noch aus Eigennutz!) ihrem großjährigen Sohne Gelegenheit zur Unzucht gibt, der schweren Kuppelei schuldig. Auch die generelle Bestrafung der Verkuppelung der Ehefrau nimmt jenem Paragraphen den Charakter einer Schutznorm. Da übrigens das der Kuppelei eigene Tatbestandsmerkmal der „Unzucht“ nicht bloß Beischlaf, sondern „jedes gegen Zucht

<sup>9</sup> So die herrschende Meinung. Im Gegensatz hierzu: Reichsgericht, *Entsch. in Strafsachen*, Bd. 33, S. 273, sowie die bayerische, württembergische und badische Praxis. (Vgl. Einführungsgesetz zum StGB., §§ 2 und 5.) — <sup>10</sup> Bd. 16, S. 49.

und Sitte verstoßende Handeln im Bereiche des geschlechtlichen Verkehrs“ bedeutet<sup>11</sup>, so würde der König Kandaules<sup>12</sup> bei uns wohl schwerlich dem Zuchthaus entgehen. An diesem literarischen Beispiel sieht man am deutlichsten, wie berechtigt der zornige Ausspruch des trefflichen *Keßler*<sup>13</sup> ist: „Es verletzt jedes feinere Gefühl, wenn man sieht, wie ungeschickt die plumpe Faust des Kriminalrechts, von Hause aus dazu bestimmt, Mörder, Räuber, Diebe und ähnliches Gesindel zu packen, hier in die feinsten Verzweigungen ethischer Fragen hineingreift, die man nicht berühren kann, ohne die Probleme aller Probleme zu streifen“. —

Die zweite Abweichung von dem erwähnten Grundsatz ist der „Zuhälter“-Paragraph (§ 181 a), insofern, als der Zuhälter auch dann bestraft wird, wenn seine Handlungen in den Rechtskreis der Prostituierten gar nicht eingreifen, so beispielsweise, wenn er ihr „gewöhnheitsmäßig in bezug auf die Ausübung des unzüchtigen Gewerbes Schutz gewährt oder sonst förderlich ist“. Während also die fornicatio selber straflos ist, hat man aus der Beihilfe zur fornicatio ein besonderes Verbrechen gemacht.

Da indessen die Tatbestände der Kuppelei und der Zuhältereie nicht unter die Rubrik „Recht über sich selbst“ gehören, müssen wir es uns versagen, sie des eingehenderen zu würdigen. Wir haben uns vielmehr dem dritten Fall zuzuwenden, in dem das Prinzip, wonach der außereheliche Geschlechtsverkehr nur bei individueller Rechtsgüterverletzung der Strafgesetzgebung anheimfällt, unterbrochen wird. Das ist der Inzest, die Blutschande. Nach § 173 StGB. wird der Beischlaf zwischen Verwandten auf- und absteigender Linie, zwischen Verschwägerten auf- und absteigender Linie sowie zwischen Geschwistern bestraft. Hier handelt es sich in der Tat um gegenseitige Disposition

<sup>11</sup> So Reichsgericht Bd. 11, S. 4 und die herrschende Meinung; abweichend v. *Liszt*, a. a. O.

<sup>12</sup> Vgl. *Hebbels* Tragödie „*Gyges und sein Ring*“.

<sup>13</sup> A. a. O., S. 85.

über den eigenen Körper. Ein besonderer Fall ist auch beim Inzest wieder zu konstatieren, wenn der jugendliche Leichtsinne, die kindliche Unerfahrenheit oder „der dem Aszendenten gegenüber dem Abkömmling zustehende Einfluß“<sup>14</sup> mißbraucht und ausgebeutet werden. Hier steht die Strafbarkeit rechtsphilosophisch außer Zweifel. Allein der § 173 trifft auch die völlig freiwilligen Handlungen zwischen des Schutzes nicht bedürftigen Erwachsenen. In den Rechtskreis einzelner wird hier nicht eingegriffen, und „als Zweck des Gesetzes kann mithin nur die Verhinderung der Inzucht bezeichnet werden“.<sup>15</sup> Hiermit wird aber nicht nur der Grundgedanke der Sittlichkeitsdelikte preisgegeben; vielmehr zeigen noch zwei andere Erwägungen die Haltlosigkeit dieser Motivation: erstens sind die Ansichten der Mediziner über die Schädlichkeit der Inzucht keine feststehenden<sup>16</sup>, was schon daraus erhellt, daß ein genügendes Beobachtungsmaterial nicht zur Verfügung steht; auch ist das Verhindern der sogenannten „Degeneration“ durchaus kein selbstverständliches Gebot, sondern vom Standpunkt des Philosophen aus recht problematisierbar; und zweitens ist die Begattung ja mit dem Beischlaf nicht begriffsnotwendig verbunden; allein nach § 173 werden auch alle die bestraft, welche den Inzucht-Möglichkeiten bewußt und erfolgreich vorgebeugt haben! — Als letztes Argument für die Strafwürdigkeit muß dann wieder das Sittliche<sup>17</sup> erhalten; ein Argument, dessen Kritik wir uns für später vorbehalten haben.

Eine monographische kriminalistische Literatur über den Inzest ist, im Gegensatz zu den anderen hier figurie-

<sup>14</sup> Vgl. v. Liszt, Lehrbuch, S. 386.

<sup>15</sup> v. Liszt, ibidem.

<sup>16</sup> Vgl. Mittermaier der Jüngere, „Verbrechen und Vergehen wider die Sittlichkeit“ in der „Vergleichenden Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts“, IV. Band, 1906, S. 144, sowie die dort angeführte medizinische Literatur.

<sup>17</sup> So will Mittermaier d. J. (a. a. O.) nur den Inzest zwischen nahen Verwandten bestraft wissen, weil sonst die „Sittenreinheit der Familie“ bedroht sei. —

renden Delikten, nicht vorhanden; die eingestreuten Bemerkungen in den großen Werken sind fast durchweg historischer oder dogmatischer Art; kritisch Normatives hat man nicht mehr gebracht seit der Aufklärungszeit, in der die Straflosigkeit des Inzests vielfach verlangt wurde; einem Verlangen, dem bisher nur von westeuropäischen Rechten stattgegeben worden ist.<sup>18</sup>

---

### VIII.

#### Homosexualverkehr.

Der vierte Fall, in dem das geltende deutsche Recht von dem besprochenen Grundsatz abweicht, ist die Bestrafung der widernatürlichen Unzucht. Wir werden diesem Fall eine besondere Aufmerksamkeit widmen müssen; er ist von allen deshalb der wichtigste, weil die hier pönal getroffenen Individuen — im Gegensatz zu den Inzestuösen — zahlreich sind, und — im Gegensatz zu den Kupplern und Zuhältern — vielfach gesellschaftlich und geistig hoch stehen, also kulturell wertvoll sein können.<sup>1</sup>

Haben wir also bisher untersucht, wie sich das Strafgesetzbuch zum normalen Geschlechtsleben verhält, so gilt es nunmehr, die Stellung zu zeigen und zu beurteilen, welche es zu den nicht-normalen, den „perversen“ sexuellen Handlungen einnimmt. Im Gegensatz zu älteren Rechten läßt das StGB. die widernatürliche Unzucht zwischen Mann und Weib (pedicatio; masochistische, sadistische Akte), die widernatürliche Unzucht zwischen Weib und Weib (Tribadie), die solitäre Onanie in jeder Form (also auch Leichen- und Statuenschändung) straflos. Unter Strafe

<sup>18</sup> Straflös ist der Inzest in Frankreich, Belgien, Portugal, Spanien, Genf, Waadt, Holland — außer im Falle des Mißbrauches der Autorität; in Italien und Neuenburg — außer im Falle des Mißbrauches der Autorität und bei öffentlichem Skandal.

<sup>1</sup> Als vorzüglichstes Beispiel aus der jüngsten Vergangenheit sei der bedeutende englische Dichter und Denker *Oscar Wilde* genannt.

stellt es lediglich den Geschlechtsverkehr zwischen Mann und Mann (Päderastie, sodomia ratione sexus), sowie die Tierschändung (Bestialität, sodomia ratione generis). Diese beiden Tatbestände faßt es im § 175 unter dem Namen „widernatürliche Unzucht“ zusammen. Da der Gegenstand der Bestialität kein Rechtssubjekt, sondern ein Rechtsobjekt, keine Person, sondern — nach allgemein-juristischer Terminologie — eine Sache ist, so müssen wir sie von der Päderastie getrennt behandeln.

Nach § 175 StGB. wird „die widernatürliche Unzucht zwischen Personen männlichen Geschlechts“ mit Gefängnis, eventuell akzessorisch mit Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte, bestraft. Der Begriff der „widernatürlichen Unzucht“ ist dehnbar, ist wenig prägnant, und in der Tat herrscht unter den Kommentatoren gerade hierüber starke Uneinigkeit. Ob „Annäherung der Geschlechtsteile“ oder „beischlafsähnliche Handlungen“<sup>2</sup> genügen, oder ob „coitus per anum“ erforderlich ist, — das ist, auch de lege lata, durchaus kontrovers. Allgemein anerkannt ist lediglich die Straflosigkeit der „masturbatio mutualis“.

Dieser auf der höchst unzulänglichen (wie *Mittermaier* d. J. meint, auf Prüderie beruhenden) Formulierung des Gesetzes beruhende dogmatische Streit läßt sich keineswegs dadurch aus der Welt schaffen, daß man untersucht, welche Handlungen das frühere Recht als widernatürliche Unzucht strafte. Wenn *Wachenfeld*<sup>3</sup> sagt: „Erst nach Feststellung der historischen Grundlage des § 175 StGB. können wir den Inhalt des geltenden Rechts prüfen“, so will uns dies wenig einleuchten, und — blicken wir zudem auf seine (später zu würdigenden) Argumentationsversuche<sup>4</sup>, so erinnern wir uns des *Goethe*-Wortes: „Die Menschen, da sie zum Notwendigen nicht hinreichen, bemühen sich ums Unnütze“.<sup>5</sup> Im übrigen dürfen wir an der Kontroverse ruhig

<sup>2</sup> So insbesondere das Reichsgericht; 20, S. 225; 23, S. 189; 34, S. 245; 36, S. 32. — Vgl. auch *v. Liszt*, Lehrbuch, S. 385.

<sup>3</sup> „Homosexualität und Strafgesetz“, 1901, S. 7.

<sup>4</sup> Vgl. S. 70 ff.; bes. S. 73 der Arbeit.

<sup>5</sup> „Sprüche in Prosa.“

vorübergehen, da sie für eine prinzipielle Auseinandersetzung irrelevant ist.

Unsere Fragestellung lautet: Ist der sexuelle Verkehr zwischen Personen männlichen Geschlechts strafwürdig? — Im klassischen Altertum und in vielen modernen Kulturstaaten<sup>6</sup> ist er straflos; in der römischen Kaiserzeit, im kanonischen Recht, in der Carolina und in allen deutschen Partikulargesetzen wird er bestraft, und zwar meistens viel härter als nach dem gegenwärtigen deutschen Recht: weder durch die eine noch durch die andere Tatsache werden wir uns bei der Erörterung der Frage beirren lassen. Um den Grad der Vernünftigkeit einer Rechtsnorm zu messen, bedarf man anderer Maßstäbe als des historischen! —

Die Gründe nun, die in der neueren Literatur<sup>7</sup> für die Bestrafung ins Feld geführt werden, lassen sich einteilen in kosmologisch-metaphysische, ästhetische, hygienische und moralische.

Die kosmologisch-metaphysischen. Sie werden geltend gemacht von *Berner*, *Hüpeden*, *Hoegel* und *Wachenfeld*.

*Berner* führt als Argument neben anderen das der „Widernatürlichkeit“ der Homosexualität an. Dem Einwand, die Homosexualität habe, als etwas Triebhaftes, als etwas dem Individuum Eingeborenes oder von ihm unbewußt Erworbenes, kurzum als eine Gefühls-Realität, den Charakter der Natürlichkeit, begegnet er mit dem Satze<sup>8</sup>: „Der unbefangene Mensch wird immer stehenbleiben bei der Frage: Wie kann denn das Unnatürlichste, das sich denken läßt, eine Forderung der Natur sein?“

*Hüpeden*<sup>9</sup> bezweifelt, daß die Homosexualität angeboren sei; denn sie „widerspricht direkt dem Zweck

<sup>6</sup> In Frankreich, Belgien, Luxemburg, einigen Schweizer Kantonen, Holland, Spanien, Portugal, Italien, Türkei, Japan.

<sup>7</sup> Diese hat sich mit dem Problem so eingehend beschäftigt, daß es sich erübrigt, auf die ältere zurückzugreifen.

<sup>8</sup> A. a. O., S. 460.

<sup>9</sup> Bemerkungen zu v. *Krafft-Ebings* „Der Konträrsexuelle vor dem Strafrichter“ (Gerichtssaal 51, S. 440 ff.).



der Fortpflanzung des Geschlechts“. *Hoegel*<sup>10</sup> meint: „Jede Befriedigung des Geschlechtstriebes außerhalb der von der Natur vorgeschriebenen ist eine verkehrte“.

*Wachenfeld*<sup>11</sup> endlich schreibt: „Würde die Natur die gleichgeschlechtliche Befriedigung anerkennen, dann hätte sie dieselbe (!) auch in den Dienst der Fortpflanzung gestellt. Obwohl dem Lüstling die geschlechtliche Befriedigung Selbstzweck ist, soll doch nach einem allgemeinen und unbestrittenen Naturgesetz die geschlechtliche Lust der Fortpflanzung und der Art-erhaltung dienen. Diesen Zweck durchkreuzen die homosexuellen Handlungen.“ — Und an einer anderen Stelle<sup>12</sup>: „Der heterosexuelle Geschlechtsverkehr ist die Äußerung einer erst allmählich erreichten Entwicklungsstufe der Lebewesen. Die Homosexualität bedeutet mithin ein Zurücksinken in einen überwundenen Zustand und widerstrebt als ein Rückschritt dem Prinzip steter Vervollkommnung, das ein Gemeinwesen beherrschen soll.“

Die Frage zunächst, ob das gleichgeschlechtliche Empfinden angeboren oder erworben wird, ist eine (zum mindesten sozialwissenschaftlich) ganz müßige. Nur die Menschen eines so retrospektiven Zeitalters wie des unseren haben sich darüber die Köpfe zerbrechen können. Genau so belanglos wie die Frage, ob irgendeine Begabung dem Individuum angeboren oder von ihm erworben wurde, genau so belanglos ist die Genese seines Sexualcharakters. Gesetzt den Fall, die Homosexualität sei durchweg etwas Erworbenes, so wäre die rechtliche Lage ganz dieselbe, wie wenn die Homosexualität durchweg etwas Angeborenes ist. Die Anlage, der Trieb, das Empfinden, das charakterologische Faktum ist da; seine Genealogie mag naturwissenschaftlich „interessant“<sup>13</sup> sein: sozialwissenschaftlich, das heißt hier juristisch oder rechtsphilosophisch, ist sie

<sup>10</sup> „Die Verkehrtheit des Geschlechtstriebes im Strafrecht“ (Gerichtssaal 53, S. 103 ff.).

<sup>11</sup> A. a. O., S. 75. — <sup>12</sup> A. a. O., S. 140.

<sup>13</sup> Aber wohl kaum je exakt nachweisbar!

gleichgültig; ebenso gleichgültig wie die Genealogie der Strafe für die Begründung der Strafe; ebenso gleichgültig wie die Genealogie des Staates für die Legitimation des Staates. „Die Wissenschaft wird dadurch sehr zurückgehalten, daß man sich abgibt mit dem, was nicht wissenschaftlich, und mit dem, was nicht wißbar ist.“<sup>14</sup>

Widerspricht nun tatsächlich die homosexuelle Befriedigung einem Naturgesetze? Solches vermag nur zu behaupten, wer des erkenntniskritischen Gedankens niemals einen Hauch verspürt hat. Ist man nicht darüber orientiert, was ein „Naturgesetz“ eigentlich für ein Ding sei, dann sollte man diesen Ausdruck und ähnliche lieber vermeiden. — Nach *Kants* Fassung<sup>15</sup> sind von den Imperativen, den Gesetzen der Vernunft, als welche sagen, was geschehen soll, die Naturgesetze zu unterscheiden, „die nur von dem handeln, was geschieht“. Mithin ist ein „Abweichen“ von einem Naturgesetz begrifflich unmöglich; denn in demselben Augenblick, in dem etwas einem scheinbar erkannten Naturgesetz Widersprechendes sich ereignete, wäre dieses „Naturgesetz“ als ein falsches entlarvt, und um die neue Erscheinung widerspruchslos einrangieren zu können, müßten die Menschen ein neues Naturgesetz suchen. Das Eine nämlich steht philosophisch fest und sollte seit mehr denn hundertundfünfzig Jahren Gemeingut aller Gebildeten sein: „Die Ordnung und Regelmäßigkeit an den Erscheinungen, die wir Natur nennen, bringen wir selbst hinein“.<sup>15a</sup> Von der Verletzung eines Naturgesetzes könnte man infolgedessen nur dann reden, wenn es absolute und von den in die Erscheinung tretenden abweichende transzendente „Naturgesetze“ gäbe; diese aber würde der Mensch entweder überhaupt nicht oder nur aus den Erscheinungen erkennen können. Letzteres jedoch verstieße gegen den Satz vom Widerspruch. Daher ist es sinnlos,

<sup>14</sup> Goethe, „Sprüche in Prosa“.

<sup>15</sup> „Kritik der reinen Vernunft“, sämtl. Werke, herausgegeben von Hartenstein, Bd. III, 1867, S. 530.

<sup>15a</sup> Kant, „Kritik der reinen Vernunft“, S. 582.

zu behaupten, daß irgend etwas einem Naturgesetze zuwiderlaufe! — Exemplifizieren wir nun auf den konkreten Fall, so ergibt sich: Existiert ein Naturgesetz, wonach der Geschlechtsverkehr heterosexuell ist, so kann es einen homosexuellen Verkehr nicht geben. Gibt es aber einen solchen, so existiert dieses Naturgesetz eben nicht.

Wie mit den Naturgesetzen, so verhält es sich mit den „Zwecken“ der Natur. „Zweck“ ist (im Gegensatz zu den mechanischen Begriffen innerhalb der Kausalitäts-Kategorie) ein psychologischer Begriff, setzt also eine Absicht voraus. Daß „Absichten der Natur“ von Menschen (Bestandteilen der Natur) „durchkreuzt“ werden, ist begrifflich ebenso unmöglich wie die Verletzung von Naturgesetzen. Überdies wäre es interessant zu erfahren, welcher gütige Genius den Teleologen die Absichten der Natur vertragen hat. Das einzige, was für die Behauptung spricht, daß der „Zweck“ des Lustempfindens die Arterhaltung sei, ist die Erfahrungstatsache, daß in sehr vielen Fällen der mittelbare Erfolg des Lustempfindens die Fortpflanzung war.<sup>16</sup> Setzt man aber Erfolg und Zweck gleich, so muß man auch dem *van Erkelens* recht geben, der die Sache von der andern Seite betrachtet und schreibt<sup>17</sup>: „Es ist gerade so, als ob die Natur hier (nämlich im Falle der Homosexualität) in fürsorglicher Weise dafür gesorgt hätte, daß keine Übervölkerung eintrete. Ein wunderbares Spiel der Natur! Sie, die große Allmutter, weiß am besten, wie sie es einzurichten hat.“ — Hier wie dort herrscht eine anthropomorphistische Auffassung der Natur, die erkenntnis-kritisch unhaltbar ist. Nicht unbedingt der teleologische Gedanke an sich, aber diese teleologische Fragestellung ist verkehrt: sie führt dahin, objektiv bestehende psychologische oder gar morphologische Tatsachen einfach wegzudispu-

<sup>16</sup> Nietzsche in der „Morgenröte“ (a. a. O., Bd. IV, Aphor. 503) drückt diesen Gedanken so aus: „Die Zeugung ist eine oft eintretende gelegentliche Folge einer Art der Befriedigung des geschlechtlichen Triebes: nicht dessen Absicht, nicht dessen notwendige Wirkung“.

<sup>17</sup> „Strafgesetz und widernatürliche Unzucht“, 1895.

tieren; sie führt zu solchen Gipfelpunkten der Weltweisheit, wie zu dem *Wachenfeld* schen Satze<sup>18</sup>: „Aus dem Endzweck, den die geschlechtliche Befriedigung hat, folgt auch die Unmöglichkeit einer bisexuellen Anlage“.

Nun wird es allerdings, wenn von dem „Zweck der geschlechtlichen Lust“ gesprochen wird, nicht immer ganz klar, ob die Herren da ontologisch oder imperativisch sind; ob sie einen Zweck (als immanent) zu erkennen glauben, oder ob sie einen Zweck setzen wollen. Daß „nach einem unbestrittenen Naturgesetz die geschlechtliche Lust der Fortpflanzung diene“, glauben wir widerlegt zu haben; dagegen ist es logisch durchaus möglich, den Fortpflanzungszweck zu einem Imperativ, einem Ethos, einem Soll-Satz zu machen. Es ist begrifflich unanfechtbar, von Staats wegen anzuordnen: Der Sexualtrieb darf nur dort befriedigt werden, wo der Wille besteht, sich fortzupflanzen. Die einem solchen Gebote zugrunde liegende Kaninchen-Ethik wäre zwar philosophisch nicht begründet; denn sie fußt auf dem optimistischen Dogma, „daß die Fortpflanzung für die Menschheit etwas Gutes sei“<sup>19</sup>; indessen enthielte sie keinen inneren Widerspruch. Den Verstoß aber gegen dieses Gebot unter Strafe zu stellen, würde zu den ungeheuerlichsten Konsequenzen führen; müßte man doch gerechterweise dann nicht nur die Päderastie, sondern auch alle anderen „widernatürlichen“ Arten der geschlechtlichen Befriedigung, ja sogar die Anwendung von Präservativen und den Coitus mit der schwangeren Ehefrau bestrafen.<sup>20</sup>

Nun eröffnet *Wachenfeld*, wie wir sahen, die große kosmologische Perspektive und behauptet, im Interesse des biogenetischen Fortschritts müsse die Homosexualität bestraft

<sup>18</sup> A. a. O., S. 75.

<sup>19</sup> *Steiner*, a. a. O., S. 111.

<sup>20</sup> Vgl. *Friedländer*, „Kritik der neueren Vorschläge zur Abänderung des § 175“ („Jahrbuch für sexuelle Zwischenstufen“, Bd. 8, 1906; S. 309). — Vgl. auch die Erörterung des Abtreibungsproblems; Abschnitt X der Studie.

werden; denn sie bedeute ein Zurücksinken in einen überwundenen Zustand. Gesetzt nun, das gleichgeschlechtliche Empfinden wäre tatsächlich zu identifizieren mit der Eingeschlechtlichkeit oder richtiger Ungeschlechtlichkeit gewisser primärer Tierarten (wofür selbstverständlich nichts spräche!): so wäre es immerhin eine kosmische Anmaßung (sozusagen), wenn der Mensch in den biogenetischen Ablauf künstlich-regulierend einzugreifen versuchte; sientmalen wir nicht über unseren Schatten zu springen vermögen und es uns zwar gegeben ist, ein Weiterschreiten, aber keinen Fortschritt, zwar eine Änderung, aber keine Verbesserung, zwar eine Entwicklung, aber keine Vervollkommnung zu erkennen. Um Außermenschliches zu messen, müßte man außermenschliche Maßstäbe anlegen.

An allen diesen kosmologisch-metaphysischen Betrachtungen ist nur das Eine richtig, daß die Homosexualität (der Trieb und seine Befriedigung) von der Regel abweicht; daß dieses psychologische Fakt unter allen Fakten der Sexualpsychologie die Minderheit einnimmt, die Ausnahme bildet. Hieraus kann nicht einmal der „krankhafte“ Charakter der Homosexualität gefolgert werden<sup>21</sup> — es sei denn, daß man das Abnorme, das Exzeptionelle an sich bereits als pathologisch bezeichnet —, geschweige denn die Notwendigkeit, homosexuelle Handlungen zu bestrafen! —

Wir gehen nunmehr zu den ästhetischen Argumenten über, wie sie von *Hoegel*<sup>22</sup> geltend gemacht werden. Dieser begründet die Strafbarkeit der homosexuellen Handlungen unter anderem mit ihrer „Ekelhaftigkeit“. Es ist ein Irrtum, anzunehmen, daß diese Ekelhaftigkeit, wie überhaupt irgendeine Ekelhaftigkeit, dem Gegenstande objektiv anhafte; sie ruht vielmehr in der psychischen Organisation des Subjekts. Dem Perversen erscheint die Art seiner sexuellen Betätigung um keine Spur ekelhafter als dem Normalen die Art der seinen. Ja selbst manchen normal

<sup>21</sup> Vgl. hierüber: *Weininger*, „Geschlecht und Charakter“, 5. Aufl., 1905, S. 55.

<sup>22</sup> A. a. O., S. 106 ff.

empfindenden Menschen sind homosexuelle Akte zwar fremd, aber nicht widerwärtig.<sup>23</sup> Aber selbst im andern Falle läge noch kein Grund zur Strafe vor. Daß viele, ja sogar daß alle etwas ekelhaft finden, genügt nach den Prinzipien unseres Strafrechts nicht, es für strafwürdig zu erklären. Sonst müßten Hunderttausende von unsauberen Handlungen, von — durchaus nicht bloß sexuellen — Schmutzereien, die täglich und nächtlich zwischen den vier Wänden vor sich gehen, unter Strafe gestellt werden! Das eine zum mindesten muß hinzutreten: das öffentliche Ärgernis. Wird dies aber durch homosexuelle Handlungen erregt, so sind sie schon ohnehin nach § 183 StGB. strafbar. Wer aber nicht nur die Augen, sondern auch die Ohren des Publikums vor Ärgernis schützen will, der möge bedenken, daß das ästhetische Empfinden viel eher durch die Straflosigkeit jener Akte geschont wird, da seine Verletzung häufig gerade erst durch die Prozesse ermöglicht wird.<sup>24</sup>

Es entfällt mithin auch das ästhetische Argument. Von größerer Tragweite sind die hygienischen Bedenken, die gegen die Strafaufhebung geäußert werden. Sie beziehen sich auf das physische und psychische Wohl des einzelnen und der Gesamtheit.

Die individualhygienischen Bedenken vertritt nur *Wachenfeld*. „Der Konträrsexuelle macht den Eindruck der Überreizung und Nervosität.“ — „Es ist viel wahrscheinlicher, daß Homosexuale durch die Jagd nach unnatürlichen Genüssen erkranken als durch die Enthaltung, zu der sie das Strafgesetz zwingt.“<sup>25</sup> — Wir wissen nicht,

<sup>23</sup> Diese Tatsache erklärt sich wohl aus der Theorie der „sexuellen Zwischenstufen“, auf die hier nicht eingegangen werden kann. Der Gedanke *Weiningers* jedenfalls (vgl. das angeführte Werk), daß es schwerlich reine Typen, sondern nur Übergänge im Sexuellen gebe, nimmt den homosexuellen Akten den Charakter des Monströsen, den sie in Philisterhirnen besitzen.

<sup>24</sup> A. M. v. *Grolman*, a. a. O., S. 413. („... das Aufsehen, welches in dem Publikum erregt werden würde, wenn die Sittenpolizei solche Entmenschungen gleichgültig betrachten wollte...“)

<sup>25</sup> A. a. O., S. 137.

auf welche Autoritäten sich *Wachenfeld* bei diesem medizinischen Urteil berufen dürfte: auf medizinische jedenfalls nicht. Denn daß die homosexuelle Veranlagung und Betätigung für den sonstigen psychophysischen Zustand des Individuums irrelevant ist, bestreitet heute niemand mehr.<sup>26</sup> Was an jenen Behauptungen den Tatsachen entspricht, das ist ein Gemeinplatz: daß nämlich Übertreibungen des homosexuellen Verkehrs gesundheitsschädlich sind, möglicherweise zur Zerrüttung des Organismus führen. Aber dies ist nichts weniger als ein Symptom der widernatürlichen Unzucht; Exzesse haben auch im Bereiche der natürlichen Unzucht solche Wirkung.<sup>27</sup> Es läge also höchstens Grund vor, die Ausschweifungen zu bestrafen; wo hier aber die Grenze festgesetzt werden sollte, und inwiefern sich ein Privileg der heterosexuellen Ausschweifungen rechtfertigen ließe, bleibt unklar.

Die psychische Schädigung der Personen liegt nach *Wachenfeld* im „allmählichen Ersterben des Schamgefühls“.<sup>28</sup> Auch diese Konjektur entbehrt der Begründung. Daß das „Schamgefühl“ der Perversen sich an anderen Gegenständen äußert als das der Normalen, dürfte sich wohl von selbst verstehen; indessen will es weder a priori einleuchten, noch wird es durch die Erfahrungen der Psychopathologen bestätigt, daß jene seelische Qualität den einen ceteris paribus schneller verloren ginge als den anderen.

Aber setzen wir selbst den Fall, die widernatürliche Unzucht brächte ihren Ausübern Schaden an Leib und Seele, so berechtigte das allein den Staat noch keineswegs, strafrechtlich einzugreifen. Der Staat ist kein Arzt. Wer nicht selbst auf seine Gesundheit hält, der darf dazu nicht

<sup>26</sup> Die (sehr streitige) Frage, ob die Homosexualität an sich ein Degenerationsmerkmal sei oder nicht, ist von der Frage der gesundheitlichen Wirkungen der Homosexualität scharf zu trennen. — Aus der umfangreichen medizinischen Literatur vgl. besonders v. *Krafft-Ebing*, „*Psychopathia sexualis*“, 12. Aufl., 1903, und *Moll*, „*Die konträre Sexualempfindung*“, 3. Aufl., 1899.

<sup>27</sup> Vgl. *Mittermaier* d. J. in der „*Vergleichenden Darstellung*“, IV, S. 151 ff. — <sup>28</sup> A. a. O., S. 136.

gezwungen werden. Andernfalls kämen wir zu dem Resultat, daß auch das Überladen des Magens mit schwerverdaulichen Speisen oder das Weglassen warmer Kleidungsstücke bei naßkaltem Wetter unter Strafandrohung verboten werden könnte. Zweck des Strafrechts ist Interessenschutz, und „Interessenschutz wider den Willen des Interessenten ist ein Widerspruch in sich selbst“.<sup>29</sup> Sobald der Interessent jedoch nicht mehr die handelnde Person ist, sobald die Wirkung der Tat aus der Sphäre des Täters heraustritt, ist eine pönale Reaktion des Staates allerdings prinzipiell gerechtfertigt. Die Tatsache indes, daß durch grobe pädasterastische Exzesse die Keime schwerer Krankheiten übertragen werden können, rechtfertigt die Strafbarkeit nicht; denn der normale außereheliche Geschlechtsverkehr, der diese Gefahr ja in viel höherem Maße birgt, ist straflos.

Nun hat man die hygienischen Argumente mit dem nationalen Scheinwerfer beleuchtet. Aus den körperlich-seelischen Schäden, die der Homosexualverkehr den Individuen angeblich zufüge, hat man eine indirekte Schädigung des Staates folgern zu müssen geglaubt. Ein Gedankengang, der sich nicht nur bei den älteren Schriftstellern, sondern auch bei dem einzigen juristischen Monographen dieses Problems, bei *Wachenfeld*, findet. *Feuerbach*<sup>30</sup> statuiert „die körperliche und geistige Entnervung, welche einen so Entarteten für die Zwecke des Staates unfähig macht“; *Tittmann*<sup>31</sup> spricht von der „Besorgnis für die Fähigkeit zur Staatsbürgerschaft“; *v. Grolman*<sup>32</sup> erblickt einen Grund der Strafbarkeit in den „üblen Folgen für die Sittlichkeit und für die physische und moralische Kraft der Nation“. Und im Anschluß an diese Autoren schreibt *Wachenfeld*<sup>33</sup>: „Es kann nicht geleugnet werden,

<sup>29</sup> *Keppler*, a. a. O., S. 52. — Vgl. auch *Klee*, a. a. O., Bd. 50, S. 383: „Die Verantwortlichkeit des Individuums gegenüber der Gesellschaft beginnt erst da, wo sein Handeln andere betrifft. Hieraus folgt, daß der einzelne nicht rechtlich gezwungen werden kann, etwas zu tun oder zu unterlassen, weil es für ihn besser, zuträglicher wäre.“ . . .

<sup>30</sup> A. a. O., S. 309. — <sup>31</sup> A. a. O., Bd. II, S. 664<sup>m</sup>.

<sup>32</sup> A. a. O., S. 413. — <sup>33</sup> A. a. O., S. 136.



daß ein Mensch ohne Moral (!) auch für andere Delikte leichter zugänglich wird. In demselben Maße, in dem die sittliche Schwäche zunimmt, macht sich der Homosexuale untüchtig für die Zwecke des Staates.“

Es mag momentan unentschieden bleiben, ob nicht die Fragestellung umzukehren sei, ob nicht, anstatt nach der Tüchtigkeit des einzelnen für die Zwecke des Staates, lieber nach der Geeignetheit des Staates (und seiner Gesetzenormen) für die Zwecke des einzelnen gefragt werden sollte —: jedenfalls werden alle Argumente, die sich auf die Beeinträchtigung der nationalen Wohlfahrt beziehen, hinfällig, wenn sich herausgestellt hat, daß jene „körperliche und geistige Entnervung“ gar kein unterschiedliches Merkmal der Homosexualität ist.<sup>34</sup> Zur Entnervung führt nicht die widernatürliche Unzucht als solche, sondern ihre Exzesse; so wie auch die Exzesse der heterosexuellen und der onanistischen Befriedigung zur Entnervung führen. Die Beziehungen vollends, die *Wachenfeld* zwischen Homosexualität, Moral und Prädisposition zu Verbrechen aufzudecken versucht, existieren nur in seiner Einbildungskraft. Das Volk der Griechen, als welche den Homosexualverkehr für etwas Normales und geradezu eine Selbstverständlichkeit ansahen, muß nach *Wachenfeld* ein Volk „ohne Moral“, ein Volk von Verbrechern gewesen sein; so erklärt sich offenbar die Höhe, die es in der Raumkunst, der Tragödie und der Philosophie erreicht hat.

Wir meinen, der psychosexuelle Charakter eines Menschen ist bürgerlich indifferent, macht den Menschen zu seinen sozialen und nationalen Pflichten weder tauglicher noch untauglicher. Will man aber wirklich eine Differenzierung unternehmen, so würde man vielleicht gerade zu einer höheren Tauglichkeit gelangen. Hierfür läßt sich keine

<sup>34</sup> Ein eigentümlicher Widerspruch findet sich bei *Mittermaier d. J.*: Erst betont er ausdrücklich, „daß hier wie überall sonst im Geschlechtsleben nur das Übermaß schade“, und ein paar Zeilen darauf erkennt er als Strafwürdigkeitsgrund die Gefahr an, „daß die widernatürliche Unzucht . . . eine schädliche nervöse Stimmung großziehe“.

geringere Autorität anführen als die des erhabenen *Platon*, der in seinem „Symposion“<sup>35</sup> den Phaidros also sprechen läßt: „. . . Ich wüßte denn auch keine höhere Gabe als einem Jüngling den treuen Freund und diesem den Geliebten. Was allen Menschen, die edel ihr Leben führen wollen, immer notwendig sein soll, das können diesen nicht Geburt, nicht Ehre, nicht Reichtum so reich geben, wie die Liebe es gibt. Denn die Liebe allein gibt die Scham vor dem Laster<sup>36</sup> und den Ehrgeiz alles Edlen, und ohne beide vermag eine ganze Stadt, vermag der einzelne nicht das Große zu wirken. Ich meine, wenn ein Jüngling etwas ganz Schlechtes getan hat oder seine Feigheit den Gegner nicht wehren wollte, so wird die offene Scham ihn vor seinen Eltern oder Gefährten lange nicht so wie vor dem Geliebten schmerzen. Und wenn der Geliebte bei etwas Schlechtem ertappt wird, so empfindet er vor niemandem so bitter die Schande wie vor dem Freunde! Die Freunde und die Geliebten — ja sollte es möglich sein, aus beiden eine ganze Stadt oder ein ganzes Heer zu bilden, so könnten eine so gemeinsame Abscheu vor dem Laster und ein so selbstloser Ehrgeiz das Staatswesen nicht besser verwalten . . .“

Der Philosoph des Eros Uranios übertreibt vielleicht. Aber daß die Art der sexuellen Befriedigung zum mindesten staatsbürgerlich belanglos ist, wird jeder Unbefangene zugeben müssen.

Ein weiteres nationales Bedenken *Feuerbachs* und *Wachenfelds* ist die Befürchtung, die Straflosigkeit der Päderastie würde zur Entvölkerung und schließlich zur „Auflösung des Staates“<sup>37</sup> führen. Dem gegenüber muß bemerkt werden: Die Abneigung der Homosexuellen gegen den normalen Coitus und gegen die Arterhaltung wird durch die Strafdrohung keineswegs vermindert; andererseits dürfte die Freigabe der homosexuellen Liebe die Zeugungslust

<sup>35</sup> Deutsche Übertragung von *Kaßner*, 1906, S. 11.

<sup>36</sup> Anderer Meinung: *Wachenfeld*. — <sup>37</sup> *Feuerbach*, a. a. O., S. 309.

der Heterosexuellen keineswegs ungünstig beeinflussen. „Liegt denn etwa in der Päderastie ein derartiger Reiz, daß unzählige Normale mit Aufgabe der Strafanndrohung diese Art sexueller Befriedigung dem Verkehr mit dem Weibe vorziehen würden?“<sup>38</sup> — Im übrigen wird, wie *Moll* einmal bemerkt<sup>39</sup>, die Päderastie heute gerade in einem Lande am meisten geübt, wo die Bevölkerung am schnellsten zunimmt: in China!

Entvölkerung und Auflösung des Staates — dieses Schreckgespenst hat man ja auch heraufbeschworen, wann es galt, die Strafbarkeit der Teilnahme am Selbstmord und der Tötung des Einwilligenden zu motivieren; als ob — wenn selbst dieses Gespenst einen realen Hintergrund hätte! — damit irgend etwas bewiesen wäre. Gesetzt nämlich, die Menschen wären in der Tat darauf aus, ihrem Geschlechte ein allmähliches Ende zu bereiten, sollte dann dieser Wille an einem Idol scheitern, das sich die Menschen selber erst geschaffen? Sind keine schutzbedürftigen Individuen mehr da: zu wes Ende sollte der „Staat“ noch weiter bestehen? Ist er denn wichtiger als seine Zwecke? „Nicht damit der Staat bestehen könne, müssen die Bürger leben, vielmehr umgekehrt muß der Staat existieren, damit die Bürger leben können: im Interesse ihrer durch die Staatslosigkeit gefährdeten gedeihlichen Koexistenz ist der Staat notwendig. Der Ausgangspunkt aller Gesetzgebung muß sein das Wohl des einzelnen, nicht das Wohl des Staates.“<sup>40</sup>

Es entbehrt nicht des komischen Beigeschmacks, wenn, im Zusammenhang mit diesen populationistischen Argumenten, die „Verachtung des ehelichen Lebens“ oder die „Geringschätzung der Frau“ als Gründe für die Strafwürdigkeit der widernatürlichen Unzucht angeführt werden.<sup>41</sup> Hier wird ein eigentümliches Spiel mit dem Worte „ver-

<sup>38</sup> Dr. jur. M.: „Noch ein Wort zu v. *Kraft-Ebings* 'Der Konträrsexuelle vor dem Strafrichter'“ (Gerichtssaal, Bd. 52, S. 380).

<sup>39</sup> A. a. O., S. 37. — <sup>40</sup> *Klee*, a. a. O., Bd. 48, S. 189.

<sup>41</sup> So *Wachenfeld*, a. a. O., S. 141—142.

achten“ getrieben. Jeder auch nur oberflächliche Kenner der deutschen Sprache weiß, daß „verachten“ zweierlei bedeuten kann: erstens geringschätzen, mißachten, mit Spott, Hohn, Abscheu, Entrüstung oder Tadel beurteilen; zweitens verschmähen, sich nicht darum bemühen, sich nicht dafür interessieren, achtlos daran vorübergehen. Man „verachtet“ einen intriganten Politiker, man „verachtet“ aber auch eine exquisite Zigarette. Das eine Mal, weil man empört, das andre Mal, weil man Nichtraucher ist. Daß die Homosexuellen (als solche) die Ehe und das Weib lediglich in der zweiten Bedeutung des Wortes „verachten“, dürfte keinem Zweifel unterliegen. Wenn *Wachenfeld* nun meint, „hierzu könne der Staat, der die Ehe sanktioniert und ihre Heilighaltung wünscht, nicht schweigen“, so liegt nichts näher als die Frage, warum er dann zum außer-ehelichen Geschlechtsverkehr und vor allen Dingen zu der Jungengesellschaft schweige!

So ergibt sich die Haltlosigkeit aller — im weitesten Sinn — hygienischen Argumente. Und wir können nunmehr zu den moralischen schreiten. Die moralischen Argumente fehlen natürlich bei kaum einem der Verfechter der Strafbarkeit. *Feuerbach*<sup>42</sup> spricht von dem „hohen Grad der Verworfenheit, welchen dieses Laster voraussetzt“; *Tittmann*<sup>43</sup> konstatiert „die durch die Sodomie bewiesene Verworfenheit des Charakters“; *v. Grolman*<sup>44</sup> „die größtentheils radicale Verworfenheit, welche bey Subjecten, die sich zu solchen Handlungen bestimmen können, vorausgesetzt werden muß“; *Hüpeden*<sup>45</sup> redet von „einem Mangel sittlichen Gefühles“; *Hoegel*<sup>46</sup> operiert andauernd mit dem Begriffe der „Lasterhaftigkeit“; *Wachenfeld*<sup>47</sup> endlich schreibt: „Die Tatsache, daß die gleichgeschlechtliche Liebe unsittlich ist, sollte man meinen, würde keinem Widerspruch begegnen“.

Wer, wie *v. Grolman*, auf dem Standpunkt steht, daß die Immoralität einer Handlung kein Grund sei, sie zu

<sup>42</sup> A. a. O., S. 309. — <sup>43</sup> A. a. O., Bd. II, S. 664m. — <sup>44</sup> A. a. O., S. 413. — <sup>45</sup> A. a. O., S. 443. — <sup>46</sup> A. a. O., S. 103 ff. — <sup>47</sup> A. a. O., S. 131.

bestrafen<sup>48</sup>, der macht sich hier natürlich einer **groben** Inkonsequenz schuldig; wer aber kein Anhänger des Indifferenz-Theorems ist, dem wird es nicht erlassen werden können, die These von der Unsittlichkeit der gleichgeschlechtlichen Liebe zu begründen. Es genügt nicht, das moralische Unwerturteil einfach dogmatisch hinzustellen. Es sei denn, daß man auf dem Boden der „Motive“ zum § 175 steht, welche — im Einklang mit *Berner* — einer kritischen Untersuchung dadurch überhoben zu sein glauben, daß sie sich auf das „Rechtsbewußtsein des Volkes“ berufen. In den „Motiven zu dem Entwurf eines Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund“<sup>49</sup> heißt es: „. . . . Wenn auch der Wegfall jener Strafbestimmungen vom Standpunkte der Medizin wie auch durch manche der Theorie des Strafrechts entnommenen Gründe gerechtfertigt werden kann: das Rechtsbewußtsein des Volkes beurteilt diese Handlungen nicht bloß als Laster, sondern als Verbrechen, und der Gesetzgeber wird billig Bedenken tragen müssen, diesen Rechtsanschauungen entgegen Handlungen für straffrei zu erklären, die der öffentlichen Meinung glücklicherweise als strafwürdige gelten. Die Beurteilung dieser Personen, welche in dieser Weise gegen das Naturgesetz gesündigt<sup>50</sup>, dem körperlichen Strafgesetze zu entziehen, würde unzweifelhaft als ein gesetzgeberischer Mißgriff getadelt werden . . .“

Ähnlich schreibt *Berner*<sup>51</sup>: „Nach deutscher Volksansicht ist die naturwidrige Unzucht ein geschlechtlicher Greuel, den nicht bloß die Moral verabscheut, sondern der auch Strafe verdient“. —

Dieses opportunistische Argument bedarf einer näheren Untersuchung. Die Bedeutung dieses Arguments greift weit über das Gebiet des § 175, ja weit über das Gebiet der Sittlichkeitsdelikte hinaus. Es handelt sich hier um ein ganz elementares gesetzgebungswissenschaftliches Problem.

<sup>48</sup> Vgl. S. 21 der Arbeit.

<sup>49</sup> 1869; zu § 152 (dem jetzigen § 175), S. 150 ff.

<sup>50</sup> Von Erkenntniskritik sind also auch die „Motive“ nicht angekränkelt! — <sup>51</sup> A. a. O., S. 460.

Der Begriff, mit dem operiert wird, ist das „Rechtsbewußtsein“ (oder die „Ansicht“) des „Volkes“. Da es psychologische Realitäten, welche, von den Einzelpsychen abstrahiert, über dem Ganzen schweben, nicht gibt, so kann unter diesem Begriff nur zweierlei verstanden sein: entweder das, was die Franzosen „l'Opinion“ nennen, „die öffentliche Meinung“, also die sich auf ein jeweilig bestimmtes Problem beziehende Gruppe von Urteilen, welche zahlreich reproduziert sind in den Menschen desselben Landes, derselben Zeit, derselben Gesellschaft, und welche objektiviert sind im gesprochenen und — heutzutage vornehmlich — im gedruckten Wort.<sup>52</sup> — Oder wir haben unter „Rechtsbewußtsein des Volkes“ das Bewußtsein zu verstehen, welches sämtlichen Bürgern oder doch der Mehrheit der Bürger innewohnt.

Fassen wir nun den Begriff im Sinne von „l'Opinion“, so ergibt sich, daß eine auch nur einigermaßen homogene öffentliche Meinung über die Strafwürdigkeit der homosexuellen Liebe nicht besteht. Wissenschaftliche Literatur, Tagespresse, Parlament und „conversations privées“ sind durchaus geteilter Ansicht darüber; und zwar wird sowohl die Ansicht pro als auch besonders die Ansicht contra nicht etwa von isolierten Eigenbrödlern vertreten, über die zur Tagesordnung überzugehen man eine Art von soziologischer Berechtigung hätte; vielmehr finden sich hüben wie drüben Autoritäten. Der „öffentlichen Meinung“ wird also mit einer Freigabe der homosexuellen Betätigung keineswegs ins Gesicht geschlagen.

Nehmen wir jedoch den Begriff im andern Sinn — und dieser dürfte dem von *Berner* und den „Motiven“ untergelegten eher entsprechen —, so liegen die Dinge hier ähnlich wie beim Begriff des „allgemeinen Willens“.<sup>53</sup> Das

<sup>52</sup> Vgl. *Tarde*, a. a. O., S. 68.

<sup>53</sup> Vgl. S. 46 ff. der Arbeit, und die vortrefflichen Ausführungen *Bergbohms* in seinem der antiphilosophischen Grundtendenz nach allerdings wenig erfreulichen Werke „Jurisprudenz und Rechtsphilosophie“, 1892, I. Bd., S. 490 ff.

„Rechtsbewußtsein des Volkes“ ist jenes zu allen Schandtaten bereite Faktotum der Gesetzgeber, das immer dann erhalten muß, wenn es gilt, Petrefakte zu konservieren, und mit dem sich wahrhaftig jegliche Rechtsnormation rechtfertigen läßt. Worin nun sollte sich das „Rechtsbewußtsein des Volkes“ ausdrücken? Wie sollte es sich feststellen lassen? Durch ein Referendum? Dann wäre erst die Frage zu lösen, welche Staatsangehörigen eigentlich das „Volk“ bilden? Wer sich an dem Plebiszit zu beteiligen hätte? Die Weiber ebenso wie die Männer? Die Kranken ebenso wie die Gesunden? Müßten nur die noch Unentwickelten, die Kinder, davon ausgeschlossen werden, oder auch — und das wäre nicht mehr als billig! — die Rückgebildeten, die Greise? Wo sollte die Grenze liegen? Wären ferner nur die nachdenklichen Menschen zuzulassen, oder auch die rein vegetativen, das heißt diejenigen, welche ein „Rechtsbewußtsein“ überhaupt nicht besitzen, welche nie Gelegenheit genommen haben, über die fraglichen Themata Reflexionen anzustellen, und welche daher nimmermehr ihrem eigenen Bewußtsein, sondern stets dem Bewußtsein des erfolgreichsten Agitators Ausdruck verleihen würden? Oder wären die Vegetativen zur Abgabe ihrer Stimme etwa gar zu zwingen? Müßte überhaupt, damit man ein wahres Bild der „Volks“-Ansicht erhalte, die Abstimmung obligatorisch sein? — — — Wir sehen: selbst ein Referendum gäbe nur eine unzulängliche und stets anfechtbare Auskunft über solche Dinge wie „Rechtsbewußtsein“. Im übrigen liegt ja eine derartige Volksabstimmung im konkreten Fall gar nicht vor, und wer von einem Rechtsbewußtsein des Volkes hier spricht, der muß seine Kenntnisse anderswoher haben. Die einzige Quelle seiner Informationen bleibt der Beschluß des Parlaments. Ganz abgesehen von der Streitfrage, ob denn ein Parlament, und speziell der Deutsche Reichstag, in der Tat eine „Volks“-Vertretung sei und dem „Willen“ oder dem „Rechtsbewußtsein“ des Volkes in seinen Voten Ausdruck verleihe (was im Falle des § 175 StGB. zu behaupten

jedenfalls von hervorragender Absurdität wäre, da ja doch die Wahlen nicht unter dem Gesichtspunkt der widernatürlichen Unzucht vorgenommen werden!) —: so würde doch aus einem parlamentarischen Beschluß günstigstenfalls immer nur das „Rechtsbewußtsein“ des zeitgenössischen Volkes herauszulesen sein. (In vierzig Jahren nahezu mag sich die „Ansicht des Volkes“ — vielleicht unter dem Einfluß der Wissenschaft — geändert haben.) Aus dem verfassungsmäßigen Zustandegekommensein einer Rechtsnorm zu folgern, diese sei zu bewahren, weil sie dem „Rechtsbewußtsein des Volkes“ entspreche, ist also — unbeschadet aller sonstigen Einwände — prinzipiell ein Analogieschluß verderblichster Art; ein Analogieschluß, der eine Normen-Kritik, der eine Rechts-Umgestaltung überhaupt nicht zuläßt. Die Beibehaltung eines Rechtssatzes mit dem „Rechtsbewußtsein des Volkes“ zu motivieren, ist demnach gefährlicher Historismus.

Aber dies nicht allein! Es liegt der Argumentation auch ein gut Teil Demagogie zugrunde. Denn präsumieren wir selbst, das „Rechtsbewußtsein des Volkes“ sei weder formal ein problematisch Ding noch seinem Inhalte nach hier in Zweifel zu ziehen, so ist es doch durchaus volksverführerisch, ein Gesetz, dessen Ungerechtigkeit oder Unzweckmäßigkeit man erkannt hat, lediglich deshalb aufrechtzuerhalten, weil die Menge das verlangt. In solchem Fall haben die legislativen Gewalten die Pflicht, die verkehrte „Volksansicht“ umzumodeln. Denn letzten Endes ist es die Aufgabe des Staates nicht, versteinerte Ansichten, sondern lebendige Interessen zu schützen. Was hier als Konserervationsgrund einer Strafnorm ins Treffen geführt wird, — „es ist dasselbe Volksbewußtsein, das vor Zeiten die Zauberer und Hexen dem Scheiterhaufen überantwortete“.<sup>54</sup> In dem Kampfe zwischen Tradition und Vernunft, den beiden so häufig einander entgegenwirkenden Kräften, werden immer dort, wo die Verkehrtheit des Überlieferten erkannt

<sup>54</sup> v. *Krafft-Ebing*: „Der Konträrsexuelle vor dem Strafrichter“, 1895, S. 18.



ist, die leitenden Mächte sich auf die Seite des Vernünftigen zu schlagen haben. Das erfordert einfach der intellektuelle Anstand. Der Gesetzgeber mag oftmals auf die „Volksansicht“ hohen Wert legen; ist sie aber von abergläubischen Vorstellungen befangen, so hieße es der Barbarei ein Preislied singen, wollte er sich von ihr beeinflussen lassen. Hier muß der Gesetzgeber versuchen, die Volksansicht zu beeinflussen! — Wo das Vernünftige im Gegensatz zum Volkstümlichen steht, da gilt es, die Vernunft zu popularisieren; nicht: das Populäre an die Stelle der Vernunft zu setzen. *Tarde* sagt<sup>55</sup>: „Tout irait pour le mieux si l'opinion se bornait à vulgariser la raison pour la consacrer en tradition. La raison d'aujourd'hui deviendrait de la sorte l'opinion de demain et la tradition d'après-demain“. Tut man dies nicht, unternimmt man es, statt das Vernünftige zu vulgarisieren, das Unvernünftige (weil es einmal traditionell ist) plausibel zu machen, so wird die Vernunft von heute nicht die Tradition von übermorgen, sondern die Tradition zur Zeit der griechischen Kalenden sein; und die Tradition von übermorgen wird dann nicht der Vernunft von heute, sondern der Tradition von heute entsprechen! Das opportunistische Argument *Berners* und der „Motive“ müssen wir mithin aus dreifachem Grunde ablehnen: Erstens gibt es kein „Rechtbewußtsein des Volkes“; zweitens, wenn es existierte, wären wir nicht imstande, es in concreto zu erkennen; drittens, wenn es existierte und wir imstande wären, es zu erkennen, so hätte es keine maßgebende Bedeutung.

Wird daher die These aufgestellt, die homosexuelle Liebe sei unsittlich, so wird den Forderungen kritischer Wissenschaft nicht entsprochen, wenn man auf die „Volksansicht“ rekurriert. Man wird die These begründen müssen. Nicht einmal ein paar entrüstete Redewendungen tun es. Nur mit der Moralwissenschaft kann da geholfen werden. Wir aber verlegen diesen Teil der Untersuchung in den Schlußabschnitt der Studie. —

<sup>55</sup> A. a. O., S. 65.

Das Ergebnis ist: daß — vorläufig abgesehen vom moralistischen — alle Argumente für die Strafbarkeit der „widernatürlichen Unzucht zwischen Personen männlichen Geschlechts“ hinfällig sind.<sup>56</sup>

Nicht einzusehen ist, inwiefern die Art der homosexuellen Betätigung eine strafrechtliche Differenzierungskraft haben soll. In dem Wunsche *v. Kraft-Ebings*, die (fälschlich sogenannte) „Päderastie im engeren Sinne“<sup>57</sup>, nämlich die immissio in anum, von den übrigen homosexuellen Akten abzutrennen, weil sie „die abscheuliche Praktik sittlich tief stehender libidinöser Menschen“ sei, erkennt *Hüpeden*<sup>58</sup> mit Recht eine Inkonsequenz. Unser subjektives ästhetisches Urteil kommt rechtlich nicht in Betracht; aus unserem heftigeren Ekelgefühl zu schließen, daß diese libido eher ein Zeichen moralischen Tiefstands sei als irgendeine andere libido, ist ein nur temperamentisch, nicht wissenschaftlich begründetes Urteil. Der Einwand aber, daß jene Praktik größere physiologische Gefahren mit sich bringe, wäre entkräftet, durch das „volenti non fit iniuria“ nicht so sehr wie durch die Straflosigkeit der Pedikation am Weibe<sup>59</sup> und der masochistisch-sadistischen Akte.

<sup>56</sup> Daß Vergewaltigung und Verführung auf homosexuellem Gebiet gerade so strafwürdig sind wie auf heterosexuellem (daß also eine analoge Ausdehnung der §§ 176<sup>1</sup>, 177, 182 StGB. de lege ferenda vonnöten ist, wobei eine Erhöhung des männlichen Schutzalters — der später vollendeten Pubertät des Jünglings wegen — vielleicht geboten wäre), versteht sich wohl von selbst; ebenso gewißlich die Ausbeutung eines autoritativen Verhältnisses; ingleichen, daß das kindliche Alter eines besonderen Schutzes bedarf, der übrigens heute bereits im § 176<sup>3</sup> StGB. gewährleistet wird, wo nicht von „Mädchen“, sondern generell von „Personen“ die Rede ist.

<sup>57</sup> A. a. O., S. 9. — „Päderastie“ (παιδ-εραστία) heißt weiter nichts als „Jünglingsliebe“, im Gegensatz zur Liebe zum jungen Weibe. Die falsche Terminologie rührt her von der Verwechslung mit dem ähnlich klingenden Wort „pedicatio“ (etymologischer Stamm: pedex-podex).

<sup>58</sup> A. a. O., S. 443.

<sup>59</sup> Ebenso *v. Liszt*, Lehrbuch, S. 385; und (Ungenannt): „§ 175 des deutschen StGB. und die Urningsliebe“ (Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. XII, S. 34 ff.).

Ebenso belanglos dünkt es uns, ob die widernatürliche Unzucht aus einem triebhaften Zwang oder aus Raffinement begangen wird. Werden durch den Akt des „Kranken“ keine Rechtsgüter verletzt, so auch nicht durch den Akt des „Wüstlings“.<sup>60</sup> Von medizinischer Seite ist meist das konträre Sexualempfinden als Hauptargument gegen die Strafbarkeit geltend gemacht worden; man hat Gefühlstöne angeschlagen und behauptet, „daß die Justiz, indem sie unglückliche Mitmenschen verfolgt und straft, wenn diese einem krankhaften, auf Befriedigung am eigenen Geschlechte gerichteten Triebe folgen, ungerecht, ja grausam handelt“.<sup>61</sup> Unter diese humanitäre Perspektive (in der übrigens die beiden Begriffe des Pathologischen und des Abnormen beständig durcheinandertaumeln) darf die rechtsphilosophische Frage keineswegs gestellt werden. „Gesetzt nämlich, es ließe sich der Nachweis erbringen, daß die Neigung zur Körperverletzung, zum Betrüge oder zum Landesverrat auf angeborener Anlage beruhe — was zum Teil sogar zutrifft —, so würde uns das doch nicht der Notwendigkeit überheben, diese Handlungen mit Strafe zu bedrohen, falls nicht ausnahmsweise ein Strafausschließungsgrund, etwa im Sinne des § 51 oder anderer Bestimmungen, vorliegt.“<sup>62</sup> Ob eine Norm grausam ist oder nicht, bleibt

<sup>60</sup> Ähnlich v. *Lilienthal*: „Der *Stoß* sche Entwurf eines schweizerischen StGB.“ (derselben Zeitschrift, Bd. XV, S. 337). — . . . *Mittermaier* d. J. schreibt (a. a. O., S. 152, Anm. 2): „Die Argumentation, daß die freiwillige Begehung widernatürlicher Akte keines andern Menschen Rechte verletze, kann heute wohl einem ernsthaften Juristen nicht mehr Kopfzerbrechen machen“. — In dieser primitiven Fassung wird jene bespöttelte Argumentation allerdings kaum widerlegenswert sein; indes die Frage, ob durch derartige sexuelle Akte irgendwelche rechtlich geschützten oder zu schützenden Interessen verletzt werden — und andere als menschliche Interessen gibt es nicht —: diese Frage scheint uns doch von der allergrößten Wichtigkeit zu sein, und sie dürfte vielleicht nicht jedem „ernsthaften Juristen“, wohl aber jedem ernsthaften Denker ein wenig „Kopfzerbrechen“ machen. — Solche überlegenen Redewendungen wie die zitierte bemänteln häufig nur die Unlust, in die Tiefen der Probleme hinabzusteigen.

<sup>61</sup> v. *Krafft-Ebing*, a. a. O., S. 3. — <sup>62</sup> *Friedländer*, a. a. O., S. 310.

belanglos. (Die Institution der Freiheitsstrafe, der Ein-kerkerung, ist zweifellos als solche eine schwere Grausamkeit!) Es kommt darauf an, die Interessen der Bürger zu schützen. Wenn *Wachenfeld* daher sagt, „auch de lege ferenda könnte der innere Drang des Konträrsexuellen keine Berücksichtigung finden, da denselben Anspruch sonst Mörder, Diebe und überhaupt alle Verbrecher erheben dürften“<sup>63</sup>, so müßte man ihm beistimmen, wenn die Konträrsexuellen den Bürgern in der Tat Schaden zufügten, so wie „Mörder, Diebe und überhaupt alle Verbrecher“ es tun. Gewiß ist es „besser, wenn der einzelne leidet als die Gesamtheit“<sup>64</sup>; aber leidet denn die Gesamtheit? Es mag sein, daß die Homosexualität in einem sehr ad hoc zurechtgemachten Sinn des Wortes „antisozial“ ist: dann aber ist sie — und das glauben wir bewiesen zu haben — nicht antisozialer als eine Fülle von Tatbeständen und Handlungen, die einer Bestrafung nicht unterliegen. Ob der § 175 StGB. „grausam“ ist, ist gleichgültig; aber er ist „vom rechtsphilosophischen Standpunkt selbst ein kodifiziertes Verbrechen wider die persönliche Freiheit. Aus diesem Grunde allein hat er zu fallen, und nicht erst mit Rücksicht auf biologische und medizinische Tatsachen und Theorien.“<sup>65</sup> So hohe Verdienste sich die Ärzte hier gerade um die Freiheit des Menschen erworben haben, muß doch gesagt werden: die psychopathologisch-humanitären Erwägungen sind juristisch (rechtsphilosophisch) weder nötig noch ausreichend.

## IX.

**Bestialität.**

Dieselben Gründe wie für die Strafbarkeit der Päderastie hat man meist für die Strafbarkeit der Bestialität angeführt. Die Widernatürlichkeit, die Ekelhaftigkeit, die indi-

<sup>63</sup> A. a. O., S. 93. — <sup>64</sup> *Hüpeden*, a. a. O., S. 447. — <sup>65</sup> *Friedländer*, a. a. O., S. 310.

viduelle und nationale Schädlichkeit, die Unsittlichkeit. Wer der Päderastie alle diese Eigenschaften zuschreibt, der muß sie auch der Bestialität vindizieren. Und seltsam genug deucht uns *Wachenfelds* Behauptung<sup>1</sup>, die Bestialität zeige (außer der „groben Unsittlichkeit“) nicht die Momente, welche die Homosexualität strafwürdig erscheinen lassen; „sie stört nicht die allgemeine Wohlfahrt, weil bei ihr keine zweite Person dem Wüstling zum Opfer gebracht wird, und gefährdet nicht die Existenz des Staates, da sie nicht zur Kontrasexualität führt“. — Durch wessen Herz eine brennende Liebe zur Logik fließt, dem wird es schwer, die Ruhe und den Ton der geziemenden Achtung bei solchen Worten zu bewahren. — Als ob es im Wesen des Homosexuellen läge, ein Wüstling, und im Wesen seines Partners, ein Opfer zu sein. Als ob das ein Symptom der Päderastie wäre, daß sie normal Empfindende zur Kontrasexualität führt; dies trifft doch nur dann zu, wenn es sich um sexuell noch Undifferenzierte, um Jugendliche, um solche handelt, die auch nach der Meinung der Gegner des § 175 strafrechtlich zu schützen sind; von einer psychoerotischen Beeinflussung Erwachsener kann keine Rede sein; denn in der weitaus größten Zahl der Fälle üben solche Paare von Individuen den homosexuellen Verkehr, die beide konträrsexuell empfinden.

Wenn *Wachenfeld* also die Argumente für die Strafbarkeit der Päderastie für die Bestialität nicht für stichhaltig hält, so pflichten wir ihm bei, leugnen aber auch ihre Stichhaltigkeit für die Bestrafung der Päderastie.

Allerdings kommt noch eines hinzu, was die Strafbarkeit der Bestialität innerhalb des Rahmens unserer Strafgesetzgebung in eigenartigem Lichte, nämlich in dem Lichte grober Inkonsequenz, erscheinen läßt. Das Tier ist rechtlich eine Sache. Wer es benutzt, benutzt es als Werkzeug; so wie er eine Leiche, eine Statue oder auch einen Dolch, einen Revolver als Werkzeug benutzt. Das Benutzen eines solchen Werkzeugs — zu sexuellen oder zu selbstmörderi-

<sup>1</sup> A. a. O., S. 145.

schen Zwecken — steht nach unserem StGB. nicht unter Strafe. Die Bestialität unter Strafe zu stellen, ist daher „eine Anomalie gegenüber dem sonst so streng beobachteten Grundsatz der Straflosigkeit der Selbstverletzung“.<sup>2</sup>

---

## X.

### Fruchtabtreibung.

Der übergeordnete Gedanke, der Leitstern dieser Studie, nämlich die Frage, wo und mit welchem Recht verbietet das deutsche Strafgesetzbuch dem Individuum, über sich selbst zu verfügen, weist uns schließlich auch auf das Problem der Fruchtabtreibung. Selbstverständlich scheiden hier von vornherein die Fälle aus, in denen die Frucht ohne Wissen und Willen der Schwangeren von einem Dritten abgetrieben wird; dann liegt ja ein Eingriff in die Rechtssphäre der Schwangeren vor; in Betracht kommen also nur die §§ 218, 1, 2, 3 und 219 StGB., wonach der Strafe unterliegen: „eine Schwangere, welche ihre Frucht vorsätzlich abtreibt oder im Mutterleibe tötet“, ferner derjenige, „welcher mit Einwilligung der Schwangeren die Mittel zu der Abtreibung oder Tötung bei ihr angewendet oder ihr beigebracht hat“, und (einer besonders schweren Strafe) „wer einer Schwangeren, welche ihre Frucht abgetrieben oder getötet hat, gegen Entgelt die Mittel hierzu verschafft, bei ihr angewendet oder ihr beigebracht hat“ (sogenannte Lohnabtreibung).

Daß der Staat in diesen Pönalnormen ein Recht über sich selbst negiere, daß also die Abtreibung überhaupt zum proponierten Thema gehöre, kann nur von denen bestritten werden, die in dem intrauterinaren Lebewesen (Foetus, Embryo) einen Menschen<sup>1</sup>, ein Individuum<sup>2</sup> er-

<sup>2</sup> Wachenfeld, a. a. O., S. 41.

<sup>1</sup> So Feuerbach, a. a. O., S. 261: „Auch der Embryo ist ein Mensch“.

<sup>2</sup> So neuerdings Lewin: „Die Fruchtabtreibung durch Gifte und andre Mittel“, 2. Aufl., 1904, S. 45: „Der menschliche Fötus ist trotz seines Werdeganges ein Individuum“.

blicken. Ob dies der Fall ist, oder ob nicht vielmehr die alte römische Parömie „partus pars viscerum mulieris“ den Tatsachen besser entspricht, wird zunächst untersucht werden müssen. Und zwar soll diese Untersuchung nicht nur zur Rechtfertigung dafür dienen, daß wir die Abtreibung in diesem Rahmen behandeln; sondern wir lösen damit zugleich ein Problem, das, wie später zu zeigen sein wird, in der Motivation der Strafbarkeit der Abtreibung eine wichtige Rolle spielt. —

In der Tat hat der Foetus gewisse Funktionen, die in sich unabhängig vom mütterlichen Organismus verlaufen. Er hat die animale Tätigkeit, auf gewisse sensorische und auf chemische Reize motorisch zu reagieren, und zwar im Wege des Reflexes<sup>3</sup>; unter den vegetativen Funktionen ferner ist der Blutkreislauf eine autonome. Dieser unterscheidet sich zwar wesentlich vom Blutkreislauf des Neugeborenen, ist aber vom mütterlichen prinzipiell unabhängig. Dasselbe gilt von der Exkretion. Indessen ist es unzulässig, in diesen Funktionen, den Zeichen der Vitalität, Zeichen der Individualität zu sehen. Über die Vitalität des Embryo (das heißt über seine Qualifiziertheit als etwas Lebenden) besteht ja kein Zweifel; aber Vitalität eignet auch dem Ei vor seiner Befruchtung, eignet allen maternellen Organen, die irgendeine in sich autonome Funktion haben (z. B. den Drüsen) —; hier handelt es sich um die Frage: Ist diese Vitalität losgelöst von der Gesamtvitalität des Mutterorganismus denkbar? Und diese Frage muß durchaus verneint werden. Denn die Möglichkeit zu seinen vitalen Funktionen ist dem Embryo erst durch seine Einverleibtheit in den Mutterorganismus gegeben, eine Einverleibtheit, die ihn prinzipiell allen andern Organen des mütterlichen Körpers gleichmacht. Die Ernährung und die Atmung des Foetus findet ausschließlich durch die Placenta (den „Mutterkuchen“) statt, und die Frucht spielt

<sup>3</sup> Vgl. Preyer: „Spezielle Physiologie des Embryos“, 1885, S. 434 bis 486.

hierbei die rein passive Rolle eines Organes.<sup>4</sup> Von einer „Individualität“ des Embryo kann füglich nicht gut gesprochen werden, es sei denn, daß man den Begriff des „Individuellen“ seines differenzierenden Wertes, also seiner Existenzberechtigung, beraubt. Und die Behauptung, „das Leben eines menschlichen Foetus ist ein menschliches Leben mit bestimmten physiologischen Qualitäten“<sup>5</sup>, ist unrichtig; denn gerade in derartig integrierenden physiologischen Erscheinungen, wie es Ernährung und Atmung sind, weicht die intrauterinäre von der extrauterinären Vitalität wesentlich ab.

Obwohl daher die antike Auffassung, wonach die Leibesfrucht einen Teil der mütterlichen Eingeweide darstelle, gewisse embryologische Fakten nicht berücksichtigt<sup>6</sup> und infolgedessen vielleicht etwas zu weit geht, so kommt sie doch gerade in ihrer prinzipiellen und radikalen Art des Ausdrucks den Tatsachen bedeutend näher als das moderne Individualitätstheorem. Und wenn anders man unter seinem Selbst nicht bloß das intelligible Ich, sondern auch das phänomenale corpus mitsamt allen seinen Organen zu verstehen hat, so fällt das Verbot der Abtreibung unter die Negationen des Rechtes über sich selbst.

Mit diesen Erwägungen fällt auch das primitivste unter allen Argumenten, die für die Strafbarkeit der Abtreibung erhoben werden: daß nämlich ein „Recht des Foetus“<sup>7</sup> verletzt werde. Da der Foetus kein menschliches Individuum ist, aber nur menschliche Individuen rechtsfähig sind<sup>8</sup>, kann der Foetus Rechte nicht haben. Wenn er aber Rechte nicht hat, können seine Rechte auch nicht verletzt werden. Der Einwand, daß man zivilistisch von „iura nondum natorum“ spreche<sup>9</sup>, ist nicht stichhaltig, da dieser

<sup>4</sup> Vgl. *O. Hertwig*: „Lehrbuch der Entwicklungsgeschichte des Menschen und der Wirbeltiere“, 8. Aufl., 1906; I. Hauptteil, Kap. 14.

<sup>5</sup> *Lewin*, a. a. O., S. 45.

<sup>6</sup> Die ihr ja noch nicht bekannt waren!

<sup>7</sup> Ausdruck des Mediziners *Lewin*, a. a. O., S. 45.

<sup>8</sup> Vgl. BGB § 1.

<sup>9</sup> Heute sagt man gemeinhin „iura nasciturorum“.



Terminus, wie *Hrchorowicz*<sup>10</sup> richtig bemerkt, nichts als ein bildlicher Ausdruck ist; „denn es sind Rechte, die erst bei der Geburt des betreffenden menschlichen Subjekts ihm erworben werden . . . sie werden im Hinblick auf die wahrscheinliche oder nur mögliche Geburt eines Berechtigten aufbewahrt<sup>11</sup>; kommt aber das erwartete Subjekt dieser Rechte nicht zur Welt, so haben sie niemals existiert“.

Grotesk ist die Auffassung, die in der Abtreibung eine Verletzung der „künftigen Persönlichkeit des Embryo“ sieht.<sup>12</sup> Etwas, was (noch) nicht ist, kann nicht verletzt werden; geschweige denn, wenn gar nicht feststeht, ob es einst werden wird — man denke nur an den Fall der Totgeburt! —; „zukünftige Rechte können nicht Objekt eines Verbrechens sein“.<sup>13</sup>

Ist mithin die Auffassung, bei der Abtreibung sei der Gegenstand der Verletzung der Embryo, bereits *de lege lata* eine irrthümliche, so ist sie *de lege ferenda* erst recht unhaltbar.

Die sonstigen Strafbarkeitsgründe, die geltend gemacht werden, lassen sich in zwei Gruppen einteilen; die einen, die sich auf Verletzung von Interessen einzelner, — die anderen, die sich auf Verletzung von Staatsinteressen beziehen.

Da wird zunächst behauptet, da das Leben und die Gesundheit des mütterlichen Organismus durch die *abortus procuratio* schwer gefährdet werde, so sei die Abtreibung „eine Verletzung der körperlichen Integrität der Schwangeren“.<sup>14</sup> Sobald der Tatbestand des § 220 StGB. vorliegt, kann ja hierüber kein Zweifel bestehen; indes dehnen die Autoren diese Argumentation auch auf die §§ 218 und 219

<sup>10</sup> „Das Verbrechen der Abtreibung der Leibesfrucht“, 1876, S. 3.

<sup>11</sup> Diesen Ausdruck gebraucht schon *Savigny*: „System des römischen Rechts“, Bd. II, 1840, S. 12 ff.

<sup>12</sup> So *Hugo Meyer*, a. a. O., S. 478.

<sup>13</sup> *Hrchorowicz*, a. a. O., S. 4; ähnlich *Holtzendorff*, Handbuch III, S. 457.

<sup>14</sup> *Hrchorowicz*, a. a. O., S. 7, und *Lewin*, a. a. O., S. 47.

aus, indem sie in der Einwilligung der Schwangeren einen Strafaufhebungsgrund nicht erblicken, diesen Fall vielmehr nach der Analogie der Tötung des Einwilligenden behandelt wissen wollen; denn „ähnlich wie das Leben, ist die Gesundheit und körperliche Integrität ein unveräußerliches Recht des Menschen“.<sup>15</sup> Aus unseren früheren Erörterungen<sup>16</sup> folgt die Unhaltbarkeit des Unveräußerlichkeitstheorems, die Notwendigkeit, die Tötung des Einwilligenden straflos zu lassen, und mithin schließlich die Hinfälligkeit jenes Argumentes für die Bestrafung der Abtreibung.

Ein anderes Argument will die Interessen Dritter berücksichtigen; vor allem die des sich Kinder ersehnenen Ehemanns, sodann gewisse erbrechtliche Interessen von Verwandten. In der Tat sind Rechte weiter nichts als rechtlich geschützte Interessen, und es wäre durchaus denkbar, daß das väterliche Interesse am Nachwuchs unter den Schutz des objektiven Rechts gestellt und so zu einem subjektiven Rechte erhoben wird. Indessen reicht die Existenz dieses Interesses doch nicht hin, um die Abtreibung generell zu bestrafen; entfällt es doch, sobald der Ehemann in die Abaktion eingewilligt hat, und stets im Falle der schwangeren Unverehelichten. Mit Recht bemerkt *Jungmann*<sup>17</sup>, wenn man die Strafbarkeit so motivieren wolle, dann „dürfte die Strafe der abtreibenden Ehefrau nicht härter sein als die des Ehebruchs<sup>18</sup>, der schwersten Verletzung der Eheordnung. Und wenn der Ehemann eingewilligt hat, müßte sie straflos bleiben.“

Noch weniger stichhaltig scheint uns das zweite sich auf Einzelinteressen beziehende Argument. „Es können . . . Verwandte und dritte Personen sein, denen es daran liegen kann, daß z. B. durch die Geburt eines Kindes der Nachlassenschaft eine gewisse Richtung gegeben werde.“<sup>19</sup>

<sup>15</sup> *Hrehorowicz*, a. a. O., S. 8.

<sup>16</sup> Vgl. Abschnitt VI der Arbeit.

<sup>17</sup> „Das Verbrechen der Abtreibung“, 1893, S. 39.

<sup>18</sup> Also vor allem: Antragsdelikt!

<sup>19</sup> *Hrehorowicz*, a. a. O., S. 8.

Wenn diese „Interessen“ rechtlich geschützt werden sollen, dann müßte auch die kinderlose Ehe oder die Ehelosigkeit unter Umständen der Bestrafung unterliegen, und die Augusteische Ehegesetzgebung würde, im Vergleich mit einer derartigen Legislatur, auf das Niveau einer Farce herabsinken! Man sehe aber von dem Inhalt dieser „Interessen“ ab und vergegenwärtige sich lediglich ihre Stärke: und dann male man sich die kriminalistischen Konsequenzen aus, die sich ergäben, wenn man Interessen von derartig geringer Intensität unter strafrechtlichen Schutz stellte! Wenn jeder dafür bestraft werden sollte, daß er irgend etwas nicht erfüllt hat, „woran einem Dritten liegt“! Dies käme einer Pönalisierung des gesamten Daseins gleich!

Damit erledigt sich auch das Argument von der „Verletzung des Eheinstituts“. *Hrehorowicz*<sup>20</sup> meint: „Wäre es den Eltern anheimgestellt, den naturgemäßen Folgen der ehelichen Verbindung auszuweichen, so würde die Ehe den höchsten ihrer Zwecke verfehlen“. — Zunächst ist der Zweck der Ehe durchaus bestritten. Die Meinung, ihr höchster Zweck sei die Hervorbringung neuer Individuen, ist zwar populär, aber darum noch nicht zu einem wissenschaftlichen Axiom zu machen. Wer nicht, wie *Lewin*<sup>21</sup>, das für die Menschheit wichtigste Organ in der Gebärmutter zu erkennen glaubt, dem erscheinen vielleicht psychische oder vielleicht ökonomische Zwecke als die höchsten Zwecke des Eheinstituts. Dem Moralisten vielleicht sittliche Zwecke. Kinder können auch auf andere Weise erzeugt werden. — Jedenfalls sind die Zwecke der Ehe objektiv nicht festgelegt und subjektiv erfahrungsgemäß verschieden; und es ist daher wissenschaftlich unzulässig, sie als Fundament für rechtliche Normen zu benutzen. Überdies wäre es bei der erwähnten Strafmotivation nur folgerichtig, außer der Kinderlosigkeit in der Ehe auch die freiwillige Kastration<sup>22</sup>

<sup>20</sup> A. a. O., S. 9. — Ähnlich *Lewin*, a. a. O., S. 47.

<sup>21</sup> A. a. O., Vorwort.

<sup>22</sup> Welche — im Gegensatz zu älteren Rechten — heute allgemein straffrei ist. (Eine Ausnahme bildet: Code pénal, Art. 316.)

und insbesondere die Anwendung von Mitteln, welche die Begattung verhüten sollen, mit Strafe zu belegen.<sup>23</sup>

Dieses Argument bildet den Übergang zu den Versuchen, die Strafwürdigkeit der Abtreibung mit der Verletzung von Staatsinteressen zu begründen. So spricht *Lewin* von einem Nachteil, der dem Staate zugefügt werde: „a. durch die Durchbrechung der Rechtsbestimmungen, die jedem Individuum Schutz gewähren sollen; b. durch Verletzung des Zweckes der Ehe, als derjenigen Institution, die für die Erhaltung der Art bestimmt ist und für den Staat eine fundamentale Bedeutung durch die Hervorbringung von Bürgern hat“.<sup>24</sup> Das unter a. Gesagte scheint weniger eine Konsequenz als ein Mißverständnis des *Binding* schen „Normen“-Gedankens zu enthalten. Denn die Verletzung der Norm, der „Rechtsbestimmung“ („Gesetzesbestimmung“ wäre klarer gewesen!), ist lediglich der Grund der Strafe im Einzelfall, für den Judizierenden, die Voraussetzung der Strafbarkeit einer Handlung; nie kann sie aber der philosophische Grund der Strafe, der Grund der Strafwürdigkeit einer Handlung sein. Normverletzung ist ein *de lege lata*-, kein *de lege ferenda*-Prinzip. Wenn es sich darum handelt, nicht Interpretation, sondern — um ein Wort *Cohens*<sup>25</sup> zu gebrauchen — „Wissenschaft der Gesetzgebung“ zu treiben, dann scheidet eine Motivationsmöglichkeit denknotwendig von vornherein aus: der Hinweis aufs positive Recht! Wenn es darauf ankommt, die Richtigkeit eines Satzes zu beweisen, dann darf dieser Satz nicht selber im Beweise vorkommen; die Norm mit der Norm zu motivieren, heißt nichts anderes, als sich des schlimmsten Fehlers schuldig machen, der dem Logiker unterlaufen kann: eines *circulus vitiosus*. — Hiergegen läßt sich einwenden, daß *Lewin* sub a. gar nicht die Verletzung der Norm, welche Abtreibung verbietet, ge-

<sup>23</sup> Dasselbe Argument macht *Radbruch* („Abtreibung“, in der „Vergleichenden Darstellung“, Bd. V, 1905, S. 160) gegenüber der populationistischen Motivation der Strafwürdigkeit geltend. — Weitere Gründe gegen die populationistische Motivation siehe S. 98 ff. der Arbeit.

<sup>24</sup> A. a. O., S. 47. — <sup>25</sup> A. a. O., S. 66.

meint hat, sondern die Verletzung der „allgemeinen“ Bestimmungen, die „dem Individuum Schutz gewähren“. Indes ist erstens der Embryo kein Individuum, und zweitens gibt es solche „allgemeinen“ Bestimmungen in unserem Rechte nicht.

Das unter b. Gesagte ist im ganzen identisch mit der Meinung *Feuerbachs*: „Wenngleich der Staat nicht verpflichtet ist, ihn (den Embryo) zu schützen, so ist er doch berechtigt, sich in ihm einen künftigen Bürger zu erhalten“<sup>26</sup>; und auch mit der Meinung *v. Jherings*: „Das Strafwürdige derselben (der Abtreibung) besteht darin, daß sie eine Gefährdung des Nachwuchses enthält, welcher letztere zu den Lebensbedingungen der Gesellschaft gehört“.<sup>27</sup>

Zur Kritik dieses Argumentes sei erstlich darauf hingewiesen, daß es durchaus zweifelhaft ist, ob der Staat wirklich ein Interesse an einer möglichst starken Bevölkerung hat. Selbstredend können wir uns hier auf eine Untersuchung des Populationsproblems nicht einlassen. Jedenfalls ist der Kern der Lehre des *Robert Malthus* bis zum heutigen Tage nicht widerlegt. *Franz Oppenheimer*<sup>28</sup> wirft zwar die neueren Theorien, die den optimistischen Ansichten über den unbedingten Segen der Volksvermehrung entgentreten, alle in einen Topf und klebt sarkastisch das Etikett „prophetischer Malthusianismus“ darauf; aber wir müssen doch sagen: wo Männer wie *Roscher*, *Mohl*, *Adolf Wagner* stehen, da ist schlecht witzeln. — Ob der seltsame Brite und seine Nachfahren, oder ob der sozialistische Optimismus recht behalten, wird vielleicht<sup>29</sup> die Zukunft entscheiden; der Gegenwart — das kann niemand leugnen — ist das Problem noch ungelöst, oder (kurz gesagt) ist es eben noch ein Problem; und

<sup>26</sup> A. a. O., S. 261. — <sup>27</sup> „Zweck im Recht“, I, 503.

<sup>28</sup> „Das Bevölkerungsgesetz des *T. R. Malthus* und der neueren Nationalökonomie“, 1901, S. 63 ff.

<sup>29</sup> Das Problem ist ein nationalökonomisches; die philosophische Seite des Problems gehört nicht hierher; philosophisch ist es überhaupt nicht „lösbar“.

der Boden, der ein Problem ist, — der problematische Boden ist wahrlich nicht geeignet, der Gesetzgebung zum Fundament zu dienen.

Ein Interesse also, von dem man gar nicht weiß, ob es eigentlich besteht oder nicht, kann unmöglich rechtlich geschützt werden. Aber gesetzt selbst, das Interesse an der Volksvermehrung läge unstreitig vor, so spräche es doch der Kultur Hohn, letzte Dinge in den Dienst ökonomischer Zwecke zu stellen; die höchstpersönliche Frage der Eltern-Psyche, ob sie eine neue Bewußtheit in den Kosmos setzen sollen, mit dem *Aperçu* etwa zu beantworten, daß ein starker Landarbeitermangel herrsche! „Unmöglich kann von einer rechtlichen Pflicht des Menschen, zu leben, die Rede sein“, sagt *Hälschner* einmal<sup>30</sup>; und ebensowenig darf man eine rechtliche Pflicht des Menschen, Leben zu erzeugen, konstruieren. Solche Konstruktionen sind in der Tat „Rechtsmonstra“.<sup>31</sup>

Eine besondere Betrachtung müssen wir noch der *v. Jhering* schen Auffassung widmen. Dieser sagt<sup>32</sup>: „Der Berufung des Individuums auf seine Freiheit stellt die Gesellschaft das Gebot der eigenen Selbsterhaltung gegenüber“, und: „Die Gesellschaft kann nicht bestehen, wenn der Nachwuchs bedroht ist“. — Gewiß müssen in der Rechtsordnung die Interessen der „Gesellschaft“ (das heißt der Vielen) den Interessen des Individuums superordiniert werden; indessen — und hier zeigen sich einmal die praktischen Konsequenzen der Theorie von der Realität einer „Gesellschaft“ — darf die Erhaltung der vorhandenen konkreten, wirklichen einzelnen, deren Summe wir „Gesellschaft“ nennen, nicht verwechselt werden mit der Erhaltung eben dieser Summenformel.<sup>33</sup> Gesetzt den Fall, es werden ein Jahrhundert lang überhaupt keine Kinder geboren, so wird das allerdings den Untergang der „Gesell-

<sup>30</sup> A. a. O., S. 469.

<sup>31</sup> *Jungmann*, a. a. O., S. 40. — Ähnlich: *Hrehorowicz*, a. a. O., S. 11 ff.; — vgl. auch S. 27 der Arbeit.

<sup>32</sup> A. a. O., S. 459, 455. — <sup>33</sup> Vgl. S. 47 der Arbeit.

schaft“ herbeiführen; allein kein lebendiger Mensch hat an diesem Untergange teil; keines Menschen Interesse werden durch diesen Untergang geschädigt.<sup>34</sup> Was da untergeht, ist etwas, was keine Realität hat, sondern nur ein Vorstellungsmodus unseres Intellekts ist, was also (begrifflich) an seiner Erhaltung kein Interesse haben kann. Natürlich hat ein Inbegriff (als welcher „Gesellschaft“ ist) existiert, sobald die ihn bildenden Elemente fortfallen; wie aber, falls die Elemente das Interesse an der Erhaltung der Möglichkeit dieses Inbegriffs verloren haben, noch ein Interesse an seiner Erhaltung zu konstruieren sei, bleibt unvorstellbar.

Daß die Gesellschaft sich wirtschaftlich schadet, wenn der Nachwuchs bedroht ist — wie die Gegner *Malthus'* behaupten —, könnte prinzipiell ein Argument für die Strafbarkeit der Abtreibung abgeben; daß sie untergeht, — niemals; denn nur Interessen, nicht Vorstellungsformen können geschützt werden.<sup>35</sup> —

So gelangen wir zu dem Resultat, daß weder Rechtsgüter Einzelner noch des Staates durch die Abtreibung verletzt werden. Demnach erscheint ihre Bestrafung de lege ferenda unter der Perspektive des Rechtsgüterschutzes als ausgeschlossen; es sei denn, daß man, wie *Horch*<sup>36</sup>, die Abtreibung zum Polizeidelikt stempelt! Dieser Autor nämlich räumt ein, daß ein faßbares rechtlich geschütztes Interesse durch die Abtreibung nicht verletzt werde, meint aber: „das Gesetz verbietet die Handlung deshalb, weil das entgegengesetzte Verhalten erfahrungsmäßig die reale Möglichkeit einer Verletzung jener Güter enthält oder mindestens Anlaß, Gelegenheit zu solchen Verletzungen bietet“. So spricht er von einer „Möglichkeit“, daß der Zweck der Ehe

<sup>34</sup> Der Gegensatz hierzu wäre etwa: daß ein gewissenloser Quarantänebeamter Pestkranke an Land läßt.

<sup>35</sup> Daß *v. Jhering* unter „Gesellschaft“ hier nicht den „Staat“ verstanden haben kann, folgt aus seiner Methode der Dreiteilung. — Daß übrigens der Untergang des Staates kein Argument für die Strafbarkeit der Abtreibung ist, folgt aus den Erörterungen auf S. 25 ff. der Arbeit. — <sup>36</sup> „Das Verbrechen der Abtreibung“, 1878, S. 65.

vernichtet, von einer „Möglichkeit“, daß der außereheliche Beischlaf begünstigt, von einer „Möglichkeit“, daß der Staat „in den Grundlagen seiner Existenz“ bedroht wird. Teils liegen nun solche „Möglichkeiten“, wie wir gezeigt haben, gar nicht vor, teils haben selbst ihre Wirklichkeiten noch keine strafbegründende Kraft; und zum dritten entspricht es den Gepflogenheiten eines Rechtsstaats wenig, seine Mitglieder möglicherweise begangner Rechtsverletzungen wegen bis zu zehn Jahren ins Zuchthaus zu stecken. Das Polizeideliktsprinzip wäre ja gar nicht aufrechtzuerhalten, wenn es sich nicht auf die Androhung leichtester Strafen beschränkte.

So verbleibt schließlich als letztes Argument für die Strafbarkeit der Abtreibung — als ein Argument, das insbesondere und lediglich die erhöhte Strafe der Lohnabtreibung erklärt —: ihr unsittlicher Charakter. Auf ihn beruft sich namentlich *Jungmann*.<sup>37</sup> Auf den antizipierten Einwand des *Hrehorowicz*<sup>38</sup>, daß zum mindesten in der Abtreibungshandlung einer Genotzüchtigen keine Immoralität zu erblicken sei, da man an ein solches Mädchen doch nicht die Forderung stellen werde, daß es „seine unverschuldete Schande zur Schau trage“, und da dem Staat doch unmöglich „die verbrecherische Tat eines Frevlers oder der Leichtsinns eines Wollüstlings ein unveräußerliches Recht auf einen künftigen Bürger begründen“ könne — auf diesen Einwand erwidert *Jungmann*, „daß man auch aus sittlichen Motiven eine unsittliche Handlung begehen kann, und daß letztere dadurch den Charakter der Unsittlichkeit nicht verliert“.

---

## XI.

### Das Sittliche.

Dieser seltsame Satz zieht nur die letzten Konsequenzen aus der Hypothese von der objektiven Sittlichkeit. Gibt es so etwas wie eine objektive Sittlichkeit, dann kommt

<sup>37</sup> A. a. O., S. 40—41. — <sup>38</sup> A. a. O., S. 13.



es freilich bei der ethischen Bewertung einer Handlung auf die dieser Handlung zugrunde liegenden subjektiven Motive nicht an. Indes muß es auffallen, daß dann die Motive gleichfalls in die Kategorie des Sittlichen gesteckt werden. Dies involviert entweder einen Widerspruch — oder das Wort „sittlich“ ist zweimal in verschiedenem Sinne angewendet worden. Die babylonische Sprachverwirrung, die im Reiche der Moralwissenschaft herrscht (und die es nur zu verständlich macht, daß gerade die klarsten Köpfe unter den Kriminalisten den ethischen Problemen ängstlich aus dem Wege gehen), kommt nirgends so deutlich zum Vorschein wie in jenem Satze *Jungmanns*.

Was gemeinhin als „Moral“ ausgegeben wird, ist ein Bestand von Vorschriften, Forderungen, Sollsätzen, die einer Religion oder einer ekklesiastisch wirkenden (materialen) Philosophie<sup>1</sup> entnommen sind. Diese „Moral“ hat, wie Geschichte und Völkerkunde lehren, zu verschiedenen Zeiten und bei verschiedenen Völkern verschiedene Inhalte. Wir sahen, wie die Römer zum Exempel über den Selbstmord, die Hellenen über die Päderastie dachten; wir wissen, daß die Tradition ägyptischer Königsgeschlechter die Geschwisterehe, also den Inzest, verlangte; die Abtreibung erscheint, wie *Holtzendorff*<sup>2</sup> hervorhebt, „nicht nur rohen Naturvölkern, sondern auch höchst gebildeten Philosophen des klassischen Altertums, sogar den römischen Juristen“, übrigens auch der öffentlichen Meinung im modernen Nordamerika, als etwas vollkommen Rechtmäßiges; zuweilen gilt sie sogar als etwas Erstrebenswertes<sup>3</sup>; in gewissen Fällen geradezu als religiös-rechtliche Pflicht. So berichtet *Makarewicz*<sup>4</sup>: „Auf der Insel Formosa, welche von einer

<sup>1</sup> Die nicht objektiviert vorzuliegen braucht, sondern sich — aus Wurzeln, die hier irrelevant sind — durch „Vererbung und Anpassung“ forterhält. Vgl. S. 106 (Anm. 11) der Arbeit.

<sup>2</sup> A. a. O., III, S. 455—457.

<sup>3</sup> Besonders interessant ist, was *Platon πολιτεία*, Kap. V, 9 (Ausg. v. Schneider, S. 82) und *Aristoteles* (*Politic. libri octo*, Schneider, Frankfurt. 1809, Bd. I, S. 309) über die Abtreibung sagen.

<sup>4</sup> A. a. O., S. 53.

schon ziemlich hoch entwickelten Rasse bewohnt war, war es überhaupt den Weibern nicht erlaubt, Kinder vor dem 36. Lebensjahre zu haben, und die Priesterinnen hatten die Pflicht, durch Schläge auf den Bauch der im nicht vorgeschriebenen Alter schwangeren Frau die Fruchtabtreibung zu bewirken“. *Makarewicz* bemerkt hierzu, daß ähnliche Motive, wie sie bei jenen Völkern zur Abtreibung (und zum Kindermord<sup>5</sup>) führen, nämlich Befürchtungen der Armut, des Hungers, kurzum ökonomische Beweggründe, heute bei uns vielfach zur Anwendung von Präservativen führen, und schreibt den paradoxen, aber wahren Satz: „Über die Kulturstufe und Ethik entscheidet also eine spezielle Industrie“. —

Wenn die deskriptiven Disziplinen der Sittengeschichte und der Ethnologie (außer zur Befriedigung der Neubegierde und der „Altbegierde“) zu etwas gut sind, so dafür: zu zeigen, „daß bis jetzt kein einziges materiales Pflichtgebot dem sittlichen Bewußtsein der Menschheit immer und unbedingt entsprochen habe“.<sup>6</sup> Ist es demnach einfach eine empirische Unwahrheit, wenn man von einer objektiven Moral im absoluten Sinne redet, so muß andererseits auch das Bestehen einer relativ-objektiven Moral, einer solchen, die sich auf ein bestimmtes Volk einer bestimmten Zeit beziehe, durchaus gelegnet werden; zum mindesten für die moderne Kulturmenschheit. Es mag sein, daß bei primitiven Stämmen ein Ethos mit demselben Maße von Selbstverständlichkeit, Unentrinnbarkeit, Problematisierungsunfähigkeit ausgestattet war und ist, das bei uns etwa die Regeln der Grammatik aufweisen; indes die zunehmende Differenzierung innerhalb der Kulturnationen, die sich stetig steigernde intellektuelle Verselbständigung ihrer Glieder, hat die Unmöglichkeit einer Nationalreligion<sup>7</sup> und die Unmöglichkeit einer Nationalmoral hervorgerufen.

<sup>5</sup> Der Kindermord, dessen grundsätzliche Verwandtschaft mit der Fruchtabtreibung unverkennbar ist, kann hier nicht erörtert werden, da er einen Eingriff in eine fremde Rechtssphäre darstellt.

<sup>6</sup> *Simmel*: „Einleitung in die Moralwissenschaft“, 1892, Bd. I, S. 15.

<sup>7</sup> Vgl. *Rousseau*, a. a. O., IV, 8.

Vielleicht ist es gerade der historische Geist der neueren Zeit, der Humanismus und die Romantik, das Sich-Versenken und Sich-Verlieren in entfernte Vergangenheiten und entlegene Zonen, das begierige Aufsaugen von Ideen, welche die unseren nicht sind — kurz: das „Wissenschaftliche“ dieser Epoche, was jene Entnationalisierung, jene Individualisierung des sittlichen Bewußtseins herbeigeführt hat.

Wie im kaiserlichen Rom die mannigfachsten religiösen Kulte, so existieren bei uns die mannigfachsten Ethiken ruhig nebeneinander. Altruismus und Egoismus, Arterhaltung und Selbsterhaltung, Askese und Hedonismus, Überwindung des „Menschen“ und Eudämonie — diese ethischen Grundprinzipien stehen sich in unserer philosophischen Literatur und in den Hirnen der Lebendigen, vielfältig variiert, kombiniert, kompliziert, gegenüber. Bei dieser Lage der Dinge nimmt es sich einigermaßen erheiternd aus, wenn manche Kriminalisten eine Handlung bestraft wissen wollen, weil sie „das natürliche Gefühl verletzt“, weil sie „an sich unsittlich“ ist, weil sie einer „sittlichen Zweckbestimmung widerspricht“, weil ihre Unsittlichkeit „gar keines Beweises bedarf“ . . . .

Selbst wer es abweist, im Sinne *Sokrates'*, *Kants*, *Fichtes* und *Nietzsches* das Gewissen der autonomen Persönlichkeit über die moralische Qualität einer Handlung entscheiden zu lassen; selbst wer — philosophisch unbekümmert wie *Wachenfeld*<sup>8</sup> — „Sitte“ und „Sittlichkeit“ durcheinanderwirft und sich zu dem moralwissenschaftlichen Höhepunkt des Satzes erhebt: „Wer im Widerspruch mit der Sitte seines Heimatsstaats handelt, dem kann der Vorwurf der Unsittlichkeit nicht erspart werden“ — — —: selbst ein solcher wird sich am Ende die Frage vorlegen müssen, welches denn die sittliche Anschauung seines Heimatsstaats sei und wie sie sich feststellen lasse; und er würde, wenn er zusähe, wohl entdecken,

<sup>8</sup> A. a. O., S. 132.

daß eine gerade in den elementaren Fragen übereinstimmende sittliche Anschauung nicht vorhanden ist. Das ist das, was *v. Liszt* „den unausgetragenen Kampf um die Grundlegung der Ethik“<sup>9</sup> nennt. Dieses Faktum, welches in dieser Beleuchtung kein philosophisches, sondern ein soziologisches Faktum ist, nicht zu sehen, ist ein Zeichen von Blindheit oder Böswilligkeit. —

Nun wird ja kaum ein Zweifel darüber bestehen, daß das, was für eine gegebene soziale Gruppe als solche schädlich scheint, von ihr als schlecht, — was für sie nützlich scheint, als gut aufgefaßt werden muß.<sup>10</sup> Es dürfte auch richtig sein, daß dieses Urteil als (mehr oder weniger bewußter) Prozeß das „Recht“ erzeugt hat; auch wird niemand bestreiten, daß sich nicht alle Erkenntnisse dieses Urteilsganges als „Recht“ niedergeschlagen haben, vielmehr nur die roheren, elementarereren; daß also in jeder Gruppe ein Restbestand von sozialen Werturteilen existiert, der sich (noch) nicht zum „Recht“ verdichtet hat, also zwar graduell, aber nicht prinzipiell, gleichsam der Intensität, aber nicht der Qualität nach, von diesem verschieden ist: Indes dieses Schlecht und Gut als Sittlich-Schlecht und Sittlich-Gut zu bezeichnen, ist Begriffsjongliererei; hat nicht mehr Berechtigung, als wenn man es etwa mit den Kategorien des Ästhetischen, „geschmacklos“ und „geschmackvoll“, „häßlich“ und „schön“, bezeichnen würde; involviert eine Verkennung des Begriffes der Sittlichkeit.<sup>11</sup> Der „soziale Utilitarismus“, jenes echt-britische Theorem, das unter den Strafrechtsphilosophen nunmehr *Makarewicz* wieder aufgenommen hat, spielt in der Genealogie der

<sup>9</sup> Vgl. S. 29 der Arbeit.

<sup>10</sup> Vgl. *Makarewicz*, a. a. O., S. 45. — Hierbei ist allerdings einschränkend zu bemerken, daß nicht „die Gruppe“ auffaßt, sondern höchstens der Gruppenpolitiker. Denn ein Ding wie „Volkspsychologie“ gibt es nur in Feuilletons und Agitationsreden!

<sup>11</sup> Wie sich der Inhalt dieses Begriffes (ursprünglich in der Tat „die unmittelbare, das Individualinteresse einfach negierende Hingabe an den Stamm“) allmählich erweitert hat, zeigt, mit beispiellos raffinierter Psychologik, *Simmel*, a. a. O., II, 317.

Moral — die ja bei primitiven Gemeinwesen mit Recht und Religion ein einheitliches Ganze bildet — wahrscheinlich eine große Rolle; indessen ist es verfehlt, in ihm das Prinzip der gewordenen moralischen Vorstellungen zu erblicken, und „unsittlich“ schlankweg mit „gesellschaftlich schädlich“ zu übersetzen.<sup>12</sup> Die allen Genetikern eigene Verwechslung von Ursache und Grund ist hier vermöge einer Art metaphysischer Elephantiasis zur Theorie ausgewachsen. Die systematischen Beziehungen zwischen dem sozialen Utilitarismus und dem Sittlichen beschränken sich auf die Tatsache, daß einige materiale Ethiker (das heißt Aufsteller von sittlichen Normen) das Sozial-Nützliche zum Inhalt des Sollens machen; wobei die kritizistische Frage offen bleibt: warum denn das Sozial-Nützliche gesollt wird?!

Es ist das — wie uns deucht — unsterbliche Verdienst *Georg Simmels*, endgültig gezeigt zu haben, daß das Sollen weiter nichts ist als eine psychologische Funktion, so wie „das Wollen, das Hoffen, das Können“, diese „Zwischenzustände und Vermittlungen zwischen dem Nichtsein und dem Sein“.<sup>13</sup> — „Wenn jemand behaupten wollte, er empfinde die absolute Durchführung des Egoismus als sittliche Pflicht, so müßte man dies genau ebenso als indiskutable Tatsache hinnehmen wie die gleiche Aussage über den Altruismus. Das Sollen ist ein so rein formaler Begriff, daß es sich keinem Inhalte versagen kann.“<sup>14</sup> Der Versuch, ein oberstes Prinzip der sittlichen Inhalte zu finden, zu einem Monismus des ethischen Zwecks zu gelangen, wird stets vergeblich sein; das einzige, was die „sittlich“ genannten Handlungen gemeinsam haben, ist das Funktionelle an ihnen, der „gute Wille“; als welcher „bei aller Individualisierung oder Verkehrtheit seiner Zwecke so sicher und unverrückt guter Wille bleibt, wie Denken eben Denken bleibt, wenn es auch das Allerinnormalste und Abstruseste denkt“.<sup>15</sup> Daß dies die einzige Möglichkeit eines

<sup>12</sup> *Makarewicz*, a. a. O., S. 71. — <sup>13</sup> A. a. O., I, 8.

<sup>14</sup> A. a. O., I, 119; vgl. auch II, 310. — <sup>15</sup> *Simmel*, a. a. O., II, 316.

ethischen Monismus ist, deutet *Kant* bereits an<sup>16</sup>, *Nietzsche*, dieser unformalste aller Ethiker, hat es einmal dunkel empfunden<sup>17</sup>, *Stammler* nahm den Gedanken (wenn auch leider ohne kristallene Klarheit) in die Rechtsphilosophie hinüber<sup>18</sup>, *Simmel* führte ihn durch. —

Wie jenes „subtilere Recht“, jener Bestand an Geboten des sozialen Utilitarismus, die sich nicht zum „Recht“ verdichtet haben, zu bezeichnen sei, wissen wir nicht; verwirrend ist es jedenfalls, es „Moral“ zu nennen. Das geht schon zur Genüge daraus hervor, daß die Kriminalisten bei der Aufzählung der Strafbarkeitsgründe das „Unsittliche“ neben und im begrifflichen Gegensatz zum „Schädlichen“ anführen. Wenn beispielsweise behauptet wird, durch die Tötung des Einwilligenden werde zwar weder ein Rechtsgut einzelner noch des Staates verletzt, aber sie sei zu bestrafen, weil die Veräußerung des Lebensgutes unsittlich sei<sup>19</sup>, so ist evident, daß „unsittlich“ jenseits alles Utilitarischen verstanden sein will.

Die Moral (Sittlichkeit) ist nicht graduell, sondern essentiell vom Recht verschieden. Das würde nun an sich noch keineswegs dazu führen müssen, das Sittliche für rechtlich indifferent zu erklären; denn warum sollte der Staat nur Rechtsverletzungen bestrafen? Mit der Erkenntnis jedoch, daß eine Gemeinsamkeit der sittlichen Inhalte, also eine objektive Sittlichkeit, nicht vorhanden ist, entfällt die Möglichkeit, auf „unsittliche“ Handlungen strafrechtlich zu reagieren. Nicht weil der Selbstmord oder die Päderastie oder die Abtreibung etwa an sich sittlich sind — auch nicht weil ihre an sich unsittliche Natur rechtlich ohne Be-

<sup>16</sup> „Grundlegung zur Metaphysik der Sitten“, Hartensteinsche Ausg., Bd. IV, S. 241 ff. — Das Theorem vom „kategorischen Imperativ“ bedeutet allerdings eine Inkonsequenz; *Kant* ist hier durchaus dogmatisch; vgl. *Simmel*, a. a. O., I, 10.

<sup>17</sup> „Fröhliche Wissenschaft“, Aphorisma 344 („Inwiefern auch wir noch fromm sind“).

<sup>18</sup> Vgl. „Die Lehre vom richtigen Recht“, 1902, S. 52 ff.

<sup>19</sup> Bekanntlich die Ansicht *Hälschners* und *Berners*; vgl. S. 50 ff. der Arbeit.

lang wäre —, sondern weil der Maßstab für eine objektiv-moralische Bewertung fehlt, ist das moralistische Argument für die Strafwürdigkeit der Handlungen nichtig.

So gelangen wir zwar zu demselben Resultat wie die Indifferenztheoretiker, aber auf einem prinzipiell von dem ihnen verschiedenen Wege; zu dem Resultat nämlich, daß das „Moralische“ aus allen praktischen Normationen, also auch aus dem Recht, auszuschalten sei.

---

## XII.

### Ergebnis.

So sind wir denn nun in der Lage, das Résumé aus unseren Erörterungen zu ziehen. Unsere Aufgabe lautete: die Normen, in denen das deutsche Strafgesetzbuch das Recht des Individuums, über sich selbst zu verfügen, negiert — diese Normen aufzuzeigen und (auf Grund der Voraussetzung der Logik und des Willens zur Freiheit) zu kritisieren. Unsere Methode war nicht die, unsere von bisheriger rechtsphilosophischer Betrachtung losgelösten Meinungen vorzutragen, eine Methode, die man die Methode der isolierten Spekulation nennen könnte und die dem Naturrecht so bitter geschadet hat; vielmehr haben wir uns mit den bereits vorhandenen Spekulationen vertraut zu machen, das Wesentliche, was in der jüngsten und jüngeren Vergangenheit von den berühmten Systematikern und den (zwar meist weniger berühmten, aber zuweilen eindringlicheren) Monographen zu diesen Problemen geäußert worden ist, kennen zu lernen und, im Anschluß daran, die kritische Sonde weniger an die Normen als an die Argumente der Normen anzulegen versucht. Diese — nur dem oberflächlichen Beobachter „historisch“ erscheinende — Methode hat den Vorzug, uns jenem Ideal, ein Problem unter allen denkbaren Gesichtspunkten zu betrachten, am nächsten zu bringen.

Wir sind nun zu dem Ergebnis gelangt, daß sämtliche Argumente, die für die Strafwürdigkeit — nicht nur des heute bereits straffreien Selbstmordes und der Teilnahme an ihm — sondern auch der Tötung des Einwilligenden, des Inzestes; der Päderastie, der Bestialität und der Fruchtabtreibung geltend gemacht werden, hinfällig sind.<sup>1</sup> Wiederholt gipfelt nun unsere Beweisführung darin, daß wir in der Pönalisierung eines Tatbestandes A eine Inkonsequenz innerhalb unserer Rechtsordnung erblickten, insofern als der ebenso qualifizierte Tatbestand B straffrei sei. Gegen diese Beweisführung läßt sich mit Fug einwenden, daß sie den Alternativ-Charakter jenes Zustands außer acht lasse; daß sie die Möglichkeit nicht berücksichtigt, nun auch den Tatbestand B mit Strafe zu belegen. — Darauf wäre nur das eine zu erwidern: Der in jedes zum Bewußtsein seiner selbst gekommenen Menschen Brust ruhende Wille drängt danach, daß die Schranken, die der autonomen individuellen Lebensausgestaltung gezogen sind, immer mehr und mehr verschwinden. Der vernünftige Mensch wird nie verkennen, daß die soziale Ordnung ihm verbieten muß, mit seinen willkürlichen Dispositionen schädigend in die Sphären anderer einzugreifen; aber nie wird er es verstehen, warum der Staat ihn dort antaste, wo er niemanden — auch die abdifferenzierten Interessen des Staates nicht! — verletzt. Oder wo die Interessen, die er verletzt, so minimal oder problematisch sind, daß der Staat sie an anderer Stelle des Rechtsschutzes für würdig nicht befunden hat. In solchem Falle wird zur Herstellung der Konzinnität, der inneren Folgerichtigkeit des Gesetzes, nicht eine Vermehrung, sondern eine Verminderung der Strafnormen geboten sein. Oder die Logik ist bankrott.

Wenn an den Bestimmungen der §§ 216, 173, 175, 218,

---

<sup>1</sup> Mit gewissen Vorbehalten, die wir bei der Besprechung der einzelnen Delikte gemacht haben. — Die mangelnde Strafwürdigkeit des amerikanischen Duells, des Zweikampfes mit tödlichen Waffen, der Kuppelei und der Zuhälterei — alles Delikte, die wir weniger behandelt als gestreift haben, wollen wir unserem Resultat nicht beirechnen.



219 StGB. noch festgehalten wird, so geschieht dies nicht aus Gründen der Vernunft und der sozialen Notwendigkeit, sondern — nach dem Gesetze der Trägheit: *Sint quia sunt*.

Unser Ergebnis ist ein „radikales“; aber Einwendungen, die zu machen wären, sind — wie uns scheint — nur aus jenem Prinzip der Trägheit zu holen. Was romanischen Gesetzgebungen schon teilweise gelungen ist, das wird eine der vornehmsten Aufgaben unserer deutschen Strafrechtsreform sein müssen: das Recht über sich selbst zu statuieren. Und wir glauben, diese Studie nicht würdiger abschließen zu können als mit den ruhig-energischen Worten des *Wilhelm von Humboldt*<sup>2</sup>:

„Um für die Sicherheit der Bürger Sorge zu tragen, muß der Staat diejenigen, sich unmittelbar allein auf den Handelnden beziehenden Handlungen verbieten, oder einschränken, deren Folgen die Rechte anderer kränken, die ohne oder gegen die Einwilligung derselben ihre Freiheit oder ihren Besitz schmälern, oder von denen dies wahrscheinlich zu besorgen ist . . . . Jede weitere, oder aus anderen Gesichtspunkten gemachte Beschränkung der Privatfreiheit aber liegt außerhalb der Grenzen der Wirksamkeit des Staates.“

---

<sup>2</sup> A. a. O., S. 128.

## Literatur.

- Abegg*: Untersuchungen aus dem Gebiete der Strafrechtswissenschaft. 1830.
- Aristoteles*: Politic. libri octo (Schneider, Frankfurt a. O. 1809).
- Beccaria*: Dei delitti e delle pene (deutsch von *Esselborn*, 1905).
- Bergbohm*: Jurisprudenz und Rechtsphilosophie. I. Bd., 1892.
- Berner*: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 18. Aufl., 1898.
- Bernstein (Ossip)*: Die Bestrafung des Selbstmords und ihr Ende. 1907.
- Binding*: Handbuch des Strafrechts. I. Bd., 1885.
- Brunnenmeister*: Die Quellen der Bambergensis. 1879.
- Cohen*: Ethik des reinen Willens. 1904.
- van Erkelens*: Strafgesetz und widernatürliche Unzucht. 1895.
- v. Feuerbach*: Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts. 11. Ausgabe, 1832.
- Fichte*: Grundlage des Naturrechts. 1796.
- Finger*: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. I, 1904.
- Frank*: Das Strafgesetzbuch. 1903.
- Friedländer (Benedikt)*: Kritik der neueren Vorschläge zur Abänderung des § 175. (Jahrbuch für sexuelle Zwischenstufen, Bd. 8.)
- Geib*: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Zweiter Band, 1862.
- Goethe*: Faust.  
— Sprüche in Prosa.
- v. Grolman*: Grundsätze der Kriminalrechtswissenschaft. 1825.
- Guderian*: Die Beihilfe zum Selbstmord und die Tötung des Einwilligenden. 1899.
- Gumpłowicz*: Grundriß der Soziologie. 2. Aufl., 1905.  
— Allgemeines Staatsrecht. 1897.
- Hälschner*: Das gemeine deutsche Strafrecht. Bd. I, 1881.  
— System des preußischen Strafrechts. 1858.
- Hebbel*: Gyges und sein Ring.
- Heffter*: Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. 1857.
- Hegel*: Grundlinien der Philosophie des Rechts (herausgegeben von *Gaus*). 1833.
- Henke*: Handbuch des Kriminalrechts und der Kriminalpolitik. 3. Teil, 1830.

- Hepp*: Versuche über einzelne Lehren der Strafrechtswissenschaft. 1827.
- Hertwig (Oskar)*: Lehrbuch der Entwicklungsgeschichte des Menschen und der Wirbeltiere. 8. Aufl., 1906.
- Hoegel*: Die Verkehrtheit des Geschlechtstriebes im Strafrecht. (Gerichtssaal, Bd. 53.)
- Holtzendorff*: Tötung (in seinem „Handbuch des deutschen Strafrechts“, III, 1874).
- Horck*: Das Verbrechen der Abtreibung. 1878.
- Hrehorowicz*: Das Verbrechen der Abtreibung der Leibesfrucht. 1876.
- v. Humboldt (Wilhelm)*: Ideen zu einem Versuche, die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen (Reclam).
- Hume*: On suicide and immortality of soul (deutsch von *Paulsen*, 1876).
- Hüpeden*: Bemerkungen zu *v. Krafft-Ebings* „Der Konträrsexuelle vor dem Strafrichter“ (Gerichtssaal, Bd. 51).
- Jarcke*: Handbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. 1827.
- Ibsen*: Gespenster.
- Jellinek*: Allgemeine Staatslehre. 2. Aufl., 1905.
- v. Jhering*: Der Geist des römischen Rechts. 5. Aufl., 1891 ff.  
— Der Zweck im Recht. 3. Aufl., 1893.
- Jungmann*: Das Verbrechen der Abtreibung. 1893.
- Kant*: Kritik der reinen Vernunft (Hartensteinsche Ausgabe, Bd. III).  
— Grundlegung zur Metaphysik der Sitten (Hartensteinsche Ausgabe, Bd. IV).
- Kantorowicz (Hermann U.)*: Probleme der Rechtsvergleichung (*Aschaffenburgs* Monatsschrift, Bd. IV). 1907/08.
- Keßler*: Die Einwilligung des Verletzten in ihrer strafrechtlichen Bedeutung. 1884.
- Klee*: Selbstverletzung und Verletzung eines Einwilligenden. (*Goltdammers* Archiv, Bd. 48, 49, 50.)
- Kohler*: Studien aus dem Strafrecht. I, 1890.
- Kohler-Scheel*: Die peinliche Gerichtsordnung Karls V. 1900.
- Köstlin*: System des deutschen Strafrechts. Allgemeiner Teil. 1855.
- v. Krafft-Ebing*: Psychopathia sexualis. 12. Aufl., 1903.  
— Der Konträrsexuelle vor dem Strafrichter. 1895.
- Lewin*: Die Fruchtabtreibung durch Gifte und andere Mittel. 2. Aufl., 1904.
- Lask*: Rechtsphilosophie. („Die Philosophie im Beginn des 20. Jahrhunderts“, Festschrift für *Kuno Fischer*, herausgegeben von *Windelband*, Bd. II, 1905.)
- v. Lälenthal*: Der *Stoß*sche Entwurf eines schweizerischen StGB. (Zeitschr. f. d. gesamte Strafr.-Wissensch., Bd. XV.)
- Lion*: Ist Beihilfe zum Selbstmord strafbar? (*Goltdammers* Archiv, Bd. VI.)
- v. Liszt*: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 14./15. Aufl., 1905.  
— Der Zweckgedanke im Strafrecht. (Zeitschr. f. d. gesamte Strafr.-Wissensch., Bd. III.)

- v. Liszt*: Der Begriff des Rechtsgutes im Strafrecht etc. (Zeitschr. f. d. gesamte Strafr.-Wissensch., Bd. VIII.)
- Strafrechtsfälle. 1902.
  - Tötung und Lebensgefährdung (in der „Vergleichenden Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts“, V. Band, 1905).
- Lüder*: Die juristische Beurteilung des sog. Amerikanischen Duelles. (Golddammers Archiv, Bd. XIII.)
- Dr. jur. *M.*: Noch ein Wort zu *v. Krafft-Ebings* „Der Konträrsexuelle vor dem Strafrichter“. (Gerichtssaal, Bd. 52.)
- Makarewicz*: Einführung in die Philosophie des Strafrechts. 1906.
- Marezoll*: Das gemeine deutsche Kriminalrecht. 1856.
- v. Mayr*: Selbstmordstatistik. (Handwörterbuch der Staatswissenschaften, 2. Aufl., 6. Bd., 1900.)
- Merkel*: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1889.
- Meyer (Hugo)*: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 5. Aufl., 1895.
- Mill (John Stuart)*: On liberty. (Deutsch von *Hoek*, Reclam.)
- Mittermaier d. A.*: Die Beihilfe zum Selbstmord und die Tötung eines Einwilligenden. (Golddammers Archiv, Bd. 9.)
- Mittermaier d. J.*: Verbrechen und Vergehen wider die Sittlichkeit. (Vergleichende Darstellung, IV. Bd., 1906.)
- Moll*: Die konträre Sexualempfindung. 3. Aufl., 1899.
- Montesquieu*: Lettres persanes. (Deutsch von *Bertz*, Reclam.)
- Motive zu dem Entwurf eines StGB. für den Norddeutschen Bund. 1869.
- Neubauer*: Über das amerikanische Duell. (Allgem. Österr. Gerichtszeitung, 1865, Nr. 5.)
- Nietzsche*: Morgenröte. (Gesamtausgabe, Bd. IV.)
- Die fröhliche Wissenschaft. (Bd. V.)
  - Also sprach Zarathustra. (Bd. VI.)
  - Götzendämmerung. (Bd. VIII.)
- Oppenheimer (Franz)*: Das Bevölkerungsgesetz des *T. R. Malthus* und der neueren Nationalökonomie. 1901.
- Ortmann*: Über Verletzung, insbesondere Tötung eines Einwilligenden. (Golddammers Archiv, Bd. 25.)
- Parker*: The Penal Code of the State of New York. New York 1904.
- Platon*: Symposion. (Deutsch von *Kaßner*, 1906.)
- Politeia. (Ausg. von *Schneider*.)
- Preußische Statistik, Heft 145, 171, 199.
- Preyer*: Spezielle Physiologie des Embryos. 1885.
- Radbruch*: Über die Methode der Rechtsvergleichung. (*Aschaffenburgs* Monatsschrift, Bd. II.) 1905/06.
- Abtreibung. (Vergleichende Darstellung, Bd. V, 1905.)
- Rousseau*: Du contrat social. (Deutsch von *Denhardt*, Reclam.)
- Savigny*: System des römischen Rechts. Bd. II, 1840.
- Schaper*: Gemeingefährliche Verbrechen und Vergehen (in *Holtzendorffs* Handbuch, II, 1871).

- Schüller*: Die Worte des Glaubens.
- Schopenhauer*: Die Grundlage der Moral. (Nichtgekrönte Preisschrift; Reclam, Bd. III.)
- Schütze*: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1874.  
— Notwendige Teilnahme. 1869.
- Simmel*: Einleitung in die Moralwissenschaft. 1892/93.  
— Die Religion (in der Sammlung „Die Gesellschaft“, herausgeg. von *Buber*). 1906.
- Sohm*: Institutionen. 12. Aufl., 1905.
- Stammler*: Über die Methode der geschichtlichen Rechtstheorie. (Festgabe für *Windscheid*.) 1888.  
— Die Lehre von dem richtigen Rechte. 1902.
- Steiner (Max)*: Die Rückständigkeit des modernen Freidenkertums. 1905.
- Stenglein*: Sammlung der deutschen Strafgesetzbücher. 1858.
- Stephen*: A Digest of the Criminal Law. London 1904.
- Stübel*: Über Einwilligung zur Beschädigung oder Entziehung eines unveräußerlichen Gutes. (Neues Archiv des Kriminalrechts, Bd. IX.)  
— Über den Tatbestand der Verbrechen. 1805.
- Tarde*: L'Opinion et la Foule. Paris 1901.
- Teichmann*: Zweikampf (in *Holtzendorffs* Handbuch, III, 1874).
- Tittmann*: Handbuch der Strafrechtswissenschaft und der deutschen Strafgesetzkunde. Bd. 1 und 2, 2822—23.
- Trummer*: Zur Philosophie des Rechts und insbesondere des Strafrechts. 1827.
- Ungenannt: § 175 des deutschen StGB. und die Urningsliebe. (Zeitschr. f. d. gesamte Strafr.-Wissensch., Bd. XII.)
- Wachenfeld*: Homosexualität und Strafgesetz. 1901.
- v. Wächter*: Revision der Lehre vom Selbstmord. (Neues Archiv des Kriminalrechts. Bd. X.)  
— Volenti non fit iniuria. (Gerichtssaal, 1868.)
- Weininger*: Geschlecht und Charakter. 5. Aufl. 1905.
- Wellauer*: Der Selbstmord, insbesondere Anstiftung und Beihilfe zum Selbstmord. 1896.



Carl Winter's Universitätsbuchhandlung in Heidelberg.

# Das Verbrechen und seine Bekämpfung.

Einleitung in die  
Kriminalpsychologie für Mediziner, Juristen und Soziologen;  
ein Beitrag zur Reform der Strafgesetzgebung.

Von Prof. Dr. G. Aschaffenburg in Köln am Rhein.

Zweite verbesserte Auflage.

Geheftet 6.— Mk. In Leinwand gebunden 7.— Mk.

Ein Urteil über die erste Auflage:

Aschaffenburg ist der erste deutsche Schriftsteller, der den kühnen Wurf gewagt hat. Er gibt uns das System einer auf wissenschaftlicher Grundlage ruhenden Kriminalpolitik. Da ich selbst seit über einem Jahrzehnt in meinen öffentlichen Vorlesungen, früher in Halle, jetzt in Berlin, dieselbe Aufgabe mir gestellt habe, ohne zu einer mich befriedigenden Lösung zu gelangen, so glaube ich zu einem Urteil über das Buch berechtigt zu sein. Ich kann es in wenigen Worten zusammenfassen: Wir haben es mit einer bahnbrechenden Leistung zu tun. Das heißt: der Verfasser hat uns den Weg zum Ziel gewiesen. . . . Er hat, in deutscher Sprache als der erste, ein Gebiet der streng wissenschaftlichen Bearbeitung gewonnen, das bis dahin der Tummelplatz dilettantischer Versuche gewesen ist. Er hat den Grundriß entworfen, nach dem der Bau der neuen Wissenschaft aufgeführt werden kann; und er hat, an der Hand dieses Grundrisses, den Rohbau aufgeführt. Es wird seinen Nachfolgern nicht schwer fallen, neues Baumaterial herbeizuschaffen, im einzelnen auszugestalten, was er nur angedeutet hat, und den Rohbau nach innen wie außen der Vollendung entgegenzuführen. Sein Buch ist die wertvollste von allen Vorarbeiten für das künftige deutsche Strafgesetzbuch. Dieses Verdienst wollen wir dem Mediziner neidlos zuerkennen.

(F. v. Liszt in der Deutschen Literaturzeitung.)

# Der Kampf um die Rechtswissenschaft

von

Gnaeus Flavius

(Dr. jur. Hermann U. Kantorowicz-Berlin).

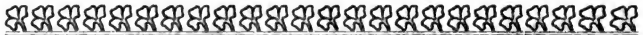
1 Mark.

Selten wohl hat eine kleinere rechtswissenschaftliche Schrift größeres Aufsehen erregt als die unter dem Pseudonym Gnaeus Flavius veröffentlichte Schrift „Der Kampf um die Rechtswissenschaft“ von Dr. Hermann U. Kantorowicz-Berlin, die „die in jüngster Zeit an verschied-nen Orten und von verschiedenen Autoren ausgesprochenen Ideen über eine Verjüngung unserer Auffassung vom Recht und damit über eine Neugestaltung der Aufgaben der Rechtswissenschaft zusammenfaßt“.

Birkmeyer schreibt in Zeitschrift für Rechtspflege XXV:

. . . Diese Ideen, deren Hauptvertreter mit einschlägigen Schriften der V. im Anhang S. 50 aufzählt, laufen alle hinaus auf eine Wiederbelebung des Naturrechts in veränderter Gestalt, im Sinn eines unabhängig von staatlicher Macht geltenden, vom V. s. g. freien Rechtes. Ich habe das Schriftchen mit größter Erbauung gelesen. Man mag über die vom V. entwickelten Ideen denken, wie man will, ihre Kühnheit fesselt ebenso sehr wie die Großzügigkeit ihrer Darstellung.

Vgl. auch die Besprechung vom Wirkl. Geh. Rat Dr. Joseph Unger, Präsidenten des k. k. Reichsgerichts in Wien, in der „Deutschen Juristenzeitung“ 1906, Nr. 14.



Carl Winter's Universitätsbuchhandlung in Heidelberg.

# Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform

unter ständiger Mitwirkung der Herren

**Dr. Alfred Kloß,**  
Oberlandesgerichtsrat in Hamm

**Dr. Karl v. Lillenthal,**  
ord. Professor der Rechte in Heidelberg

**Dr. Franz von Liszt,**  
ord. Professor der Rechte in Berlin

herausgegeben von

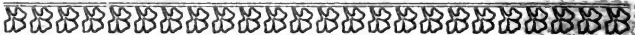
**Prof. Dr. med. Gustav Aschaffenburg**  
in Köln am Rhein.

Als die Aufgabe der Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform war bezeichnet worden: „eine Reform des Strafrechts anzubahnen auf der zuverlässigen Grundlage, die allein die Wissenschaft gibt“. Ob ihr das gelungen, ob es geglückt ist, Wertvolles zur psychologischen Vertiefung des Strafrechts beizutragen, wird die Zukunft zeigen müssen. Jedenfalls ist es erfreulicherweise geglückt, ein Zusammenarbeiten von Theoretikern und Praktikern, von Juristen und Ärzten, Strafvollzugsbeamten und Soziologen zu erreichen. Und weiter ist es möglich gewesen, aus jedem der Gebiete etwas zu bringen, die am meisten der Aufklärung und Forschung bedürfen. Als solche waren aufgezählt worden:

1. Ursachen der Verbrechen (Statistik, Analyse bestimmter Gruppen und Einzelfälle).
2. Psychologie und Anthropologie des Verbrechers.
3. Die Wirkung der Strafen, einschließlich des Gefängniswesens und mit besonderer Berücksichtigung eines Strafvollzugsgesetzes. (Einzelhaft, Progressivsystem, Gefängnispsychosen, bedingte Begnadigung und Verurteilung.)
4. Die ethischen, rechtlichen und sozialen Grundlagen des Kampfes gegen das Verbrechen.
5. Die Prophylaxe des Verbrechens; Fürsorge- und Zwangserziehung. (Arbeitshäuser, Arbeitskolonien.)
6. Strafrechtliche Verantwortlichkeit Geisteskranker, vermindert Zurechnungsfähiger, Jugendlicher, Taubstummer.
7. Kritische Betrachtung der im In- und Auslande bestehenden Gesetze und Gesetzentwürfe, sowie der Entscheidungen der höchsten Gerichte.
8. Sozialpathologische Erscheinungen (Prostitution, Bettel und Landstreicherei, Massenpsychologie).

Fragen aus jedem dieser großen Gebiete sind in kleineren oder größeren Aufsätzen behandelt worden. Behandelt, aber nicht erledigt, nicht gelöst; und zahlreicher als die bearbeiteten sind die der Forschung harrenden Aufgaben.

Die Jahrgänge I, II, III und IV stehen zum Preise von je 20 Mk. noch zur Verfügung, auch elegante Einbanddecken dazu zum Preise von 2 Mk. für die Decke.



C. F. Wintersche Buchdruckerei.



**BK 2008**



